idp

Escola de Direito de Brasília - EDB

Segurança Pública

Organizadores:
Soraia Rosa Mendes e
Julio Cesar de Aguiar

idp

Escola de Direito de Brasília - EDB

Organização

Soraia Rosa Mendes e Julio Cesar de Aguiar

SEGURANÇA PÚBLICA

1ª edição

Autores:

Desirée Paixão Costa
João Francisco da Mota Junior
Joel Cordeiro Raphael
José Felício Dutra Júnior
Leonel Severo Rocha
Luciano Ramos de Oliveira
Luis Fernando de França Romão
Marcelo Cacinotti Costa
Marcelo Dias Ponte
Mariana Dionísio de Andrade
Paulo Sérgio Gomes Soares
Suelen Webber
Téssia Gomes Carneiro
Vanessa Steigleder Neubauer
Vinicius de Melo Lima

IDP

Brasília

2014

Idp MESTRADO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Nos dias 26, 27 e 28 de novembro de 2014 foi realizado o XVII Congresso Brasiliense de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, com o tema Constituição de 1988: os próximos 25 anos. Paralelamente ao ciclo de conferências com palestrantes nacionais e estrangeiros, reuniram-se Grupos de Trabalho, organizados pelo IDP em parceria com o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI.

Os Grupos de Trabalho reuniram pesquisadores de todas as partes do país, aos quais foi aberta a oportunidade de apresentar e discutir o resultado de seus estudos, em um rico intercâmbio de ideias. Contando com participantes de diferentes níveis de formação, estudantes e professores, vários de fora do Distrito Federal, funcionaram como um espaço privilegiado para integração de várias instituições de ensino.

Dez artigos foram selecionados pelo sistema *blind review* para o GT 'Segurança Pública", havendo entre eles um claro fio condutor. Em todos está presente a preocupação em debater a insuficiência do Direito para oferecer elementos suficientes para efetivar direitos fundamentais.

Os textos que compõem a coletânea materializam, portanto, discussões acerca das questões teóricas e metodológicas, empíricas e de aplicação do Direito Penal-Constitucional brasileiro, voltados para a efetivação dos direitos fundamentais. Todos os trabalhos têm conteúdo relevante, de caráter inovador, já que descrevem as repercussões mais atuais do Direito e da segurança pública. Daí o grande potencial de impacto na área do Direito, visto traduzir uma reflexão de grandes pensadores desenvolvida em um espaço de destaque no cenário nacional, capaz, portanto, de influir na forma como deve ser compreendido e aplicado o Direito Constitucional.

O GT 'Segurança Pública' contou com a presença do professor Doutor Julio Cesar de Aguiar, professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, que contribuiu para a avaliação dos trabalhos e aprofundamento dos debates. Esta foi mais uma atividade realizada no âmbito da rede de colaboração na

qual estão inseridos os Programas de Mestrado do IDP e da Universidade Católica, contribuindo para o aprofundamento dos vínculos já existentes.

A obra aqui apresentada é fruto, portanto, de um trabalho coletivo que ilustra o compromisso do IDP com a pesquisa jurídica, a preocupação da instituição e de todos os seus membros em fortalecer o debate aberto, participativo e inclusivo acerca das mais relevantes questões que afetam o pensamento jurídico contemporâneo.

A troca de experiências ocorrida durante o GT certamente representou um ganho incontável, importante passo na consolidação do IDP como um espaço para produção de conhecimentos. Fundamental, portanto, agradecer a todos os participantes pelas contribuições que tanto abrilhantaram este momento, tornando possível seu êxito.

Profa. Dra. Soraia Rosa Mendes

Professora do Curso de Mestrado em Constituição e Sociedade do EDB/IDP

Coordenador do GT

A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA SEGURANÇA PÚBLICA: FATOR INTERATIVO NUMA RELAÇÃO SIMBIÓTICA

SOCIAL PARTICIPATION IN PUBLIC SECURITY: INTERACTIVE FACTOR IN A SYMBIOTIC RELATION

João Francisco da Mota Junior[1]
DOI 10.11117/9788565604505.01

RESUMO: Pretende este artigo questionar como a participação social é um fator interativo na complexidade da segurança pública, sob a análise dos Conselhos e da Conferência Nacional de Segurança Pública. Será analisado que a multidisciplinariedade e a interdisciplinaridade da segurança pública requerem ampliar os processos linguísticos e dialógicos para melhor identificação e compreensão do tema. O fortalecimento da participação social na fomentação, elaboração e implementação de políticas públicas referentes à segurança pública tem demonstrado uma efetivação de direitos e resultados. A hipótese foi construída a partir da constatação de que a participação social possui uma relação simbiótica com a segurança pública, consequentemente, representa um fator interativo entre os diversos atores que integram a segurança pública no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Participação social; Segurança Pública; Conselhos Sociais e Conferências Públicas; Relação simbiótica.

ABSTRACT: This article aims to question how social participation is an interactive factor in the complexity of public security, under the analysis of the Councils and the National Conference of Public Security. Moreover, an analysis will be presented about the multidisciplinary and interdisciplinary aspects of public security, which require broader linguistic and dialogic processes for better identification and understanding of the issue. The strengthening of social participation in fostering, developing and implementing for public policies concercing public security has shown results and enforcing rights. The hypothesis was drawn from the finding that social participation has a symbiotic relation with public security. Therefore it is an interactive factor between the various players in public security in Brazil.

KEYWORDS: Social participation; Public Security; Social Councils and Public Conferences; Symbiotic relation.

---

1 Graduado em Direito e Especialista em Processo Civil e Penal-UFBA, Pós-Graduado em Ciências Jurídicas - UCSal/EMAB e Especialista em Direito Empresarial – UCAM/Instituto A Vez do Mestre. Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasilense de Direito Público – IDP. Professor da Unieuro (Brasília-DF). Analista de Finanças e Controle - Controladoria-Geral da União, requisitado à Presidência da República onde exerce o cargo de Assessor.

INTRODUÇÃO

A segurança pública possui dois vértices: ora vista como direito, ora considerada um dever. Como fenômeno social e heterogêneo, a natureza jurídico-social da segurança pública convive com suas várias vertentes, características e variáveis. Diante dessa complexa identidade, nada mais necessário e fundamental que a participação social na sua construção, visando sua melhor efetivação e aperfeiçoamento.

A Constituição Federal não apenas erigiu a segurança pública como "direito fundamental" (art. 6º, *caput*), como também a considerou "dever do Estado, direito e responsabilidade de todos" (art. 144, *caput*).

O conceito de segurança pública é tão abrangente quanto à complexa multiplicidade da segurança pública no Brasil, os entes envolvidos, suas funções e competências.

A segurança pública não pode ser fator de preocupação em si mesmo ou em termos puramente políticos e criminais. Ela exerce um impacto sobre a credibilidade das instituições públicas, sobre o desenvolvimento econômico-social, e sobre as condições gerais de vida da população, sobretudo nos grupos mais vulneráveis. Significa dizer que ampliar e fomentar processos comunicativos é fundamental para identificar problemas e alcançar soluções para a segurança pública.

Busca então este trabalho questionar em que medida a participação social é um fator interativo na complexidade da segurança pública, sob a análise dos Conselhos e da Conferência Nacional de Segurança Pública.

Há de se reconhecer a relação necessária, simbiótica e essencial entre a participação social e a segurança pública, como mecanismo de construção e garantia de direitos, e com a interação do Estado prestador do direito.

Noutro lado, conhecer e identificar a participação social na segurança pública, sobretudo nos conselhos sociais e na 1ª CONSEG proporciona o exercício de uma práxis metodológica e sociológica ligada à complexidade do contexto atual da segurança pública, numa perspectiva interdisciplinar quanto ao estudo pretendido.

Ao se promover a extensão aberta à população no controle social nas políticas públicas de segurança e na inserção de elementos prático-concretos, reconhece-se a relevância da construção de uma segurança pública participativa.

A segurança pública é uma preocupação do cidadão. Conforme Sistema de Indicadores de Percepção Social sobre Segurança Pública (SIPS) do IPEA (2011 e 2012), a grande massa dos brasileiros tem medo de ser assassinado ou assaltado, cujo índice em 2010 chegou à taxa de 90,4% e em 2011 a 87,8%.

O estudo parte de algumas pesquisas já realizadas sobre o tema e análise empírica de canais participativos, notadamente no âmbito federal por meio da 1ª CONSEG e do Conselho Nacional de Segurança Pública - CONASP.

Neste contexto, os conselhos e outros canais diretos de participação popular surgem como fatores interativos e integrativos, caracterizam-se como partícipes cruciais na construção da segurança pública.

1. SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL: UMA COMPLEXA MULTIPLICIDADE

1.1 Segurança pública e ordem pública: a quem compete?

A segurança pública é um direito individual e coletivo e um dever do Estado em prestá-lo e garanti-lo. Consequentemente, compreender o conceito segurança pública torna-se mais complexo considerando-se sua definição mais abrangente.

Como direito individual, insere-se no direito à viver seguramente e no exercício seguro das liberdades fundamentais. Como direito social (art. 6º *caput*, CF) impõe uma obrigação comissiva do Estado, "comando positivo representado por um mínimo em termos de realização de projeto social" (NETO, 2009, p. 739). A segurança necessária para viver e ser livre perpassa o âmbito individual para transplantar para a esfera coletiva.

O que é então segurança pública? O que ela garante? Quem a garante? Quem deve estar por ela garantido?

Idp MESTRADO

Pode-se buscar respostas para essas perguntas, mas a natureza jurídico-social da segurança pública implica em respostas incompletas, inacabáveis ou em constante modificação.

Por certo, normalmente atrela-se a segurança pública à ordem pública, mas não as devem confundir.

Para Uadi Lammêgo Bulos (2014, p. 1454), "segurança pública é a manutenção da ordem pública interna do Estado". De Plácido e Silva (2009, p. 1.258) a conceitua como:

> o afastamento, por meio de organizações próprias, de todo perigo, ou de todo mal, que possa afetar a ordem pública, em prejuízo da vida, da liberdade, ou dos direitos de propriedade do cidadão. A segurança pública, assim, limita às liberdades individuais, estabelecendo que a liberdade de cada cidadão, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode ir além da liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a.

Ora, a segurança pública deve ser vista como instrumento garantidor das liberdades e não fator de limitação.

José Afonso da Silva (2005, p. 777), ainda que relacione a segurança pública à ordem social – ou a polícia -, afirma que aquela:

> consiste numa situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outros, salvo nos limites de gozo e reinvindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses.

A "ordem pública" não deixa de ser um preceito impreciso, e cediço que para sua "manutenção" muitas vezes direitos individuais foram violados em sua justificativa. A própria reorganização das polícias militares pelo Decreto-Lei nº 667/69 -, as instituiu para "manutenção da ordem pública e segurança interna" (art. 3º). Neste contexto, "lei e ordem" estão entrelaçadas em contextos normativo-positivistas, em fazer cumprir a lei, cumprir ordem por uma a paz e a tranquilidade social. Ordem pública, portanto, está intimamente ligada ao cumprimento da lei,

utilizando-se de instrumentos[2] coercitivos e imperativos para manutenção de uma pacificação e harmonia social, com vista à preservar a incolumidade da pessoa e do patrimônio.

Em estudo sobre a matéria Álvaro Lazzarini (1998, p. 11) conclui que toda matéria referente à segurança pública refere-se à ordem pública que:

> por ser mais abrangente, nem sempre diz respeito àquela, como estado antidelitual, que resulta da observância dos preceitos tutelados pelos códigos penais comuns e pela lei das contravenções penais, ou seja, pela legislação penal comum.

Uadi Bulos (2014, p. 561) ressaltar que a "finalidade da segurança pública, pois, é manter a paz na adversidade, preservando o equilíbrio nas relações sociais."

No entanto, tal concepção também não é unânime nem na doutrina nem na jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal – STF (2010) distingue "ordem pública" de "incolumidade das pessoas e do patrimônio". Para a Excelsa Corte:

> Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, **conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social**. (*grifou-se*)

2 Nota-se que as polícias militares foram inicialmente instituídas como forças auxiliares, reserva do Exército, o que já vinha desde a Constituição de 1946 (art. 182) assim também como tratou as tratou a CF de 88 (art. 144, § 6º). Nesse sentido, as Forças Armadas também sempre estiveram atreladas à garantia da ordem, como se verifica nas Constituições de 1934 (art. 162), de 1937 (art. 166, *in fine*), de 1946 (art. 177), de 1967 (art. 92, §1º), de 1969 (art. 91) e, na atual de 88 (art. 142).

Em consonância com o STF, o Superior Tribunal de Justiça - STJ (2011) já ampliava este conceito de "ordem pública", entendendo não se restringir "às medidas preventivas da irrupção de conflitos e tumultos", no sentido de resguardar a integridade física e psíquica das pessoas ou impedir a reiteração criminosa, "(...) mas abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência."

Noutro contexto, a segurança pública está intimamente ligada à prevenção, controle e repressão da criminalidade e violência.

O conceito de segurança pública, por ser tão abrangente, deve ser visto como um conjunto de ações que compreende gestão desta segurança pública, prevenção ao crime, à violência, à criminalidade, à segurança viária e à insegurança social, englobando novos mecanismos de gestão policial, com a essencial participação social e pautada na cooperação entre todos os entes envolvidos, incluindo a cooperação internacional.

A segurança pública, como direito fundamental, passa a ser inerente à cidadania, e ambas são indissociáveis. Sem segurança não há como garantir o pleno gozo dos direitos da cidadania e liberdades públicas.

Não resta dúvida que por ser um direito social cabe uma prestação positiva do Estado, mas diante do complexo federalismo assimétrico brasileiro, a quem compete essa segurança?

Diante da realidade pátria, o desenho institucional dos órgãos de segurança pública no Brasil não mais atendem a exigência da necessidade de sua efetiva garantia.

A (de)limitação das competências previstas no art. 144 da CF para os órgãos de segurança pública, na verdade, não são assim tão definidas em caráter normativo-prático. As polícias federal e rodoviária realmente não exercem qualquer função de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública? As polícias militares muitas vezes não exercem função investigativa, de modo a auxiliar à polícia civil? A proteção de bens, serviços e instalações públicas municipais só pode ser feita pelos

seus guardas, quando existentes? E a questão da segurança viária introduzida pela EC nº 82/2014? Porque há investigação pela polícia federal no estado federado quando há nele polícia civil? Onde fica ainda a Força Nacional neste cenário? Não se deve esquecer das polícias legislativas, registra-se!

Todas essas indagações é para afirmar que a competência para a garantia da segurança pública não se restringe – e nem se deve restringir – a um ente federativo ou esfera de poder, nem envolve um só aspecto. A simples existência de funções administrativa, investigativa, repressiva, protetiva e até educativa já indica os múltiplos fatores que envolvem segurança.

A complexa multiplicidade da segurança pública no Brasil obriga a (re)pensar novos instrumentos e mecanismos, com quebra de paradigmas de índole institucional, político e social.

1.2 A multidisciplinariedade e a interdisciplinaridade da segurança pública

O diagnóstico dos problemas da segurança não é algo nada simples. Cuida-se de tema extremamente complexo e plúrimo, e tratá-lo diferente é identificar uma leviandade.

A sociedade por ser mutável e não estática se encontra em constante transformação, e como tal, os problemas relacionados à segurança também vão se modificando, ainda que alguns sejam comuns – e anacrônicos -, nos mais diversos momentos estudados.

Problemas de violência, criminalidade, trânsito, insegurança urbana e rural e demais relacionados à segurança pública devem ser dimensionados num enfoque multicausal.

A multicausalidade destes problemas, supõe-se, é algo incontroverso. Em sendo multicausal, exige-se que sua análise também seja vista nos mais diversos enfoques, conhecimento, de modo que possa perpassar por diversas ciências – jurídicas, sociais, naturais e mesmo exatas.

Inseridos num ambiente de alta complexidade, entende-se a necessidade da implantação de um raciocínio horizontalizado complementar e transversal para o estabelecimento deste saber.

A segurança pública é plural, e assim deve ter uma pluralidade de conhecimento, integrando o acadêmico e dogmático com a vivência pessoal e social.

A multidisciplinaridade surge como algo essencial na compreensão e na elaboração de políticas públicas voltadas à segurança. Por meio dela, há uma justaposição de disciplinas (leia-se: área de conhecimento científico) onde cada uma coopera dentro do seu saber para o estudo do elemento em questão. Assim, cada “conhecedor” partícipe cooperar com a problemática dentro da sua própria ótica, fazendo com que o estudo possa ter diversos ângulos, e sem contudo, romper com os limites e esferas de cada disciplina. Utilizando-se a justaposição de conteúdos de disciplinas heterogêneas, o trabalho conjunto sob várias óticas faz alcançar a integração de métodos, teorias, experiências e conhecimentos.

Há pertinência entre a política criminal e a segurança pública. Para que estas sejam objetos de estudo, devem integrá-las com a sociologia, a ciência política, a psicologia, a antropologia, a pedagogia e muitas vezes com as ciências naturais, como a biologia, devendo adentrar por outras, nas ciências exatas, como a estatística; dentre outros áreas afins que reportem a referentes teóricos e metodológicos para adotar como conteúdo a análise multidisciplinar do controle punitivo do Estado frente à criminalidade e a preservação da ordem pública.

Na análise das ciências jurídicas, não cabe mais apenas reportar-se à dogmática penal, à criminologia, às políticas criminais e à processualística. Há uma necessidade em acrescer os conceitos da vitimologia, do garantismo penal e de uma execução penal.

Cita-se, por exemplo, o caráter interdisciplinar da lei que alterou as regras de prisões provisórias no Brasil. Definir políticas para sua melhor implementação depende não apenas em saber “o quê” prender (dogmática), “porquê” prender (políticas criminal) ou “como prender” (processual), sem também – multiciplinariamente – não adentrar no conhecimento da vitimologia (quando da aplicação da medida cautelar, diferente da prisão), da como será executada esta

prisão (âmbito execucional), ou mesmo invadir questões sob a ótica sociológica e psicológica.

A multiciplinariedade ajuda na identificação e aproximação de conceitos e elementos para uma definição de política de segurança pública, como reação jurídica e social, que tem como fim essencial o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Auxilia ainda a multiciplinariedade na prescrição de princípios reitores, assim como os referenciais jurídicos e políticos, a fim de observar uma visão real sobre as funções dos mecanismos de controle formal e informal. Ela ajuda ainda em conviver com a demodiversidade, tida como a coexistência pacífica ou conflituosa de diferentes modelos e práticas democráticas, bem como na ampliação do experimentalismo democrático (SANTOS & AVRITZER, 2002, p. 77-78).

Num primeiro momento, em face de ensinos clássicos e a ideologia da especialização, a multidisciplinaridade vem instituir o início do fim da especialização do conteúdo. No entanto, a grande dificuldade resulta na “interarticulação” entre as diferentes ciências. Ressalta-se que suas linguagens devem ser postas a conhecimento acessível a todos, de modo que possa traduzir a linguagem particularizada e conceitos próprios que cada disciplina possui.

Do conceito de multidisciplinar surge um novo dilema. Não basta que as diversas disciplinas se integrem, se não interagem nem dialogam.

Aparece assim o conceito de interdisciplinaridade, também indispensável na implantação do processo inteligente de construção da segurança pública, de maneira informal, realística e integrada. A partir de um conhecimento setorizado, a interdisciplinariedade o transforma em um conhecimento integrado onde as disciplinas interagem entre si.

Portanto, a interdisciplinaridade consiste numa relação de reciprocidade, fundada na interação, quando possível o diálogo, fazendo substituir a concepção fragmentária das diversas áreas pela unitária. Exemplificando, a formação dos operadores da segurança pública encontra-se no campo da multiciplinariedade por exigir diversas áreas de conhecimento. Entretanto, não se pode dissociar esta formação com a interação destes operadores com a sociedade e suas próprias instituições, relacionada intimamente com a intersubjetividade.

Pretende-se com a interdisciplinaridade superar a fragmentação do conhecimento, visando interações recíprocas entre as disciplinas, trocando-se dados, resultados, informações e métodos. Nesta contextualização, a interdisciplinaridade faz transcender a justaposição das disciplinas, por meio de processos de coparticipação, mutualidade, reciprocidade e diálogo. Estes processos, por sua vez, correspondem a processos discursivos, interativos e intimamente ligados a um “agir comunicativo”.

A expressão ‘agir comunicativo’ “indica aquelas interações sociais para as quais o uso da linguagem orientado para o entendimento ultrapassa um papel coordenador da ação” (HABERMAS, 2012, p. 70-71). Nesse particular, a segurança pública também deve ser vista como um processo linguístico.

A linguagem tem destacada importância para Jürgen Habermas, por exemplo, uma vez fundada na ideia de que a linguagem não é somente uma, mas é constituída de variados jogos de linguagem, que por sua vez, desempenham as diversas funções da linguagem, suas potencialidades. Por conseguinte, a segurança também é constituída por variados jogos, funções e potencialidades.

A segurança pública, portanto, como fenômeno heterogêneo e multicausal implica que seja estudada numa sob um enfoque multidisciplinar, interdisciplinar e até mesmo transdisciplinar[3].

A mera constatação de que a segurança pública encontra limites nos direitos e nas garantias fundamentais e seus contrastes, por si só, já é suficiente para abranger diversos conhecimentos e variadas linguagens.

---

3 Hodiernamente também utiliza-se o termo transdisciplinaridade distinguindo da multidisciplinariedade e da interdisciplinariedade. O termo foi primeiramente proposto no I seminário Internacional sobre *pluri - e interdisciplinaridade*, na Universidade de Nice, em 1970, e ganhou força com Carta da transdisciplinaridade da UNESCO no I Congresso Mundial de Transdisciplinaridade, em 1994: “(...) a transdisciplinaridade não procura o domínio sobre várias outras disciplinas, mas a abertura de todas elas àquilo que as atravessa e as ultrapassa (...) (art. 3º)”, além disso “a transdisciplinaridade não constitui nem uma nova religião, nem uma nova filosofia, nem uma nova metafísica, nem uma ciência das ciências (at. 7º)", e posteriormente em recomendação em 1998, por meio da conferência mundial para o ensino Superior. Busca-se com a metodológica transdisciplinar a diminuição do aspecto negativo da individualidade e fechamento das disciplinas em campos estanques. Rompem-se as fronteiras epistemológicas de cada ciência, praticando o diálogo dos conhecimentos sem perder de vista a diversidade do objeto estudado (THEOPHILO, sem data).

Neste aspecto, efetivar uma segurança participativa nada mais é do que ampliar as várias áreas de conhecimentos e fomentar processos linguísticos, de modo que possam cooperar entre si, integrar, interagir e dialogar. A segurança participativa passa a ser vista não apenas como algo democrático ou simples cumprimento de formalidades, mas, sobretudo, ganha um caráter científico em sua formação e organização.

2. SEGURANÇA PÚBLICA PARTICIPATIVA: (RE) CONSTRUÇÃO PARA TODOS

2.1 Os Conselhos de Segurança Pública e canais participativos

O processo de redemocratização na década de 80 fez surgir novos “espaços públicos” e uma maior mobilização social.

A participação cidadã ganha ápice com a Carta de 88, e o Estado Democrático brasileiro elege uma democracia mista uma vez preconizar o sistema de representatividade com o exercício direto pelo cidadão (art. 1º, par. único) por outros canais, muito além da eleição de seus representantes. Registra-se uns 30 artigos constitucionais que indicam e incentivam formas de participação social, como o direito à informação (art. 5º, XXXIII), o direito de petição (art. 5º, XXXIV); a ação popular e o mandado de segurança coletivo, a fiscalização das contas municipais (art. 31, §3º); a denúncia de irregularidades ou ilegalidades (art. 74, §2º); a participação na seguridade social (art. 194, VII), na assistência social (art. 204, II), e na educação (art. 206, VI), ou mesmo a previsão de conselhos sociais, como os conselhos de saúde (art. 198, III); além de uma dezena de leis que também prever tipos diversos dessa participação.

Há muitos canais de participação social em seus mais variados desenhos, funções e arranjos como os conselhos sociais, conferências, ouvidorias, comitês, fóruns e mesas de negociação e de diálogo, audiências e consultas públicas e

ambientes virtuais[4]. Eles são fundamentais para uma melhor democratização não apenas de políticas públicas, mas também fomentar processos comunicativos em qualquer outra área ou tema em que a participação popular seja importante para uma melhor eficácia e eficiência da ação ou atividade que se pretenda.

Sem fugir do objetivo deste trabalho, a conferência nacional é entendida como uma instância periódica de debate, de formulação e de avaliação sobre temas específicos e de interesse público, com a participação de representantes do governo e da sociedade civil, podendo contemplar etapas estaduais, distrital, municipais ou regionais, para propor diretrizes e ações acerca do tema tratado (art. 2º, IV, Decreto nº 8.243/2014).

Com registro de existência desde a década de 40, a partir de 2003 as conferências nacionais se reafirmam como espaços privilegiados de debate e construção de propostas para o avanço das políticas públicas que vão incorporando novos formatos de participação e mobilização, como as conferências livres, as virtuais e as consultas dirigidas a grupos específicos.

As conferências nacionais ampliam e redefinem padrões de participação social (AVRITZER, 2012).

Segundo estudo do IPEA (2013), entre 2003 e 2010, houve 74 conferências nacionais, das quais participaram 6,5% da população brasileira, o que corresponde a uma participação contingente próximo de 10 milhões de pessoas (ou excluídas as crianças, 6 milhões de adultos), sendo que 41,8% dos respondentes da pesquisa afirmaram ter ouvido falar das conferências nacionais. Constata-se que na “tentativa de lidar com os desafios operacionais da deliberação democrática, esta visão caminha para a concepção de que as conferências seriam não apenas um espaço, mas um sistema integrado de participação, deliberação e representação.” (SOUZA et al, 2013, p. 33).

---

4 Nesse sentido, o Decreto nº 8.243/2014 (art. 2º, X) prever o “ambiente virtual de participação social”, visto como um “mecanismo de interação social que utiliza tecnologias de informação e de comunicação, em especial a internet, para promover o diálogo entre administração pública federal e sociedade civil”. Para Maria Gohn (2013, p. 75) as “redes virtuais criam ações coletivas para projetos sociais de inclusão social e ações de pressão sobre o poder público, cobrando ética na política, transparência das ações de governo, etc.”

A 1ª Conferência Nacional de Segurança Pública - CONSEG, realizada em 2009, teve a participação de mais de 500 mil pessoas, e mais de 240 mil participações diretas em todas as etapas, sendo que os membros de sua Comissão Organizadora Nacional estavam divididos na proporção de 40% de representantes da sociedade civil, 30% de trabalhadores e 30% representantes de gestores públicos, e por meio dela houve a reestruturação do Conselho Nacional de Segurança Pública – CONASP.

Nessa constelação de atores, o "procedimento e pressupostos comunicacionais da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como importantes escoadouros da racionalização discursiva das decisões de um governo e administração vinculados à lei" (HABERMAS, 2002, p. 282).

A composição plural da conferência permite que seja reconhecida como um espaço de diálogo e discussão entre todos os atores que compõem a segurança público: os garantidores, os garantidos e os garantes.

Os Conselhos de Segurança, como conselhos sociais,[5] são espaços públicos de composição plural e paritária entre Estado e sociedade civil, normalmente de natureza deliberativa e consultiva, cuja função, em geral, é formular e controlar a execução das políticas públicas setoriais. Como formação, os conselhos são heterogêneos e híbridos[6].

Com a 1ª CONSEG, procurou-se criar uma padronização nas formações e constituições dos Conselhos de Segurança, buscando-se uma convergência em princípios, essências, construção sociais ou mesmo normativa.

Quanto ao tipo, os conselhos de segurança são tidos como "conselhos de políticas públicas", haja vista que são os colegiados que deliberam, fomentam a

---

5 A polissemia e os diversos empregos da expressão "conselho" complicam a pretensão de uma definição conceitual, sendo que alguns o denominam de "conselhos representativos da sociedade civil", outros de "conselhos de participação popular", "conselhos de controle de políticas públicas", "conselhos gestores", "conselhos sociais", além de outras terminologias, como conselhos de programas, conselhos de políticas, conselhos temáticos, conselhos de direito, conselhos setoriais, conselhos comunitários e conselhos populares.

6 O Decreto nº 8.243/2014 define estes conselhos como "instância colegiada temática permanente, instituída por ato normativo, de diálogo entre a sociedade civil e o governo para promover a participação no processo decisório e na gestão de políticas públicas."

implementação, consulta ou execução de políticas públicas sociais, na área de segurança pública.

Os conselhos nacional, estaduais e municipais podem ser considerados como institucionais, tendo em vista que são criados por outro ato normativo que não seja previsto pela CF ou em lei. Normalmente, no âmbito municipal, vem sendo criados por lei. Já os conselhos comunitários de segurança são considerados "constitutivos", justamente por não serem criados pelo Poder Público, correspondendo a legítima mobilização social. Registra-se que, alguns destes conselhos de segurança sequer existem atos constitutivos, como demonstra a Pesquisa Nacional dos Conselhos de Segurança Pública realizado pelo Ministério da Justiça em 2008 (MORAES, 2008).

Em 2006, conforme o IBGE (2006) já havia quase 450 Conselhos Municipais[7], para em 2008 (MORAES, 2009) serem registrados 10 Conselhos Estaduais (no sentido amplo), 64 Conselhos Municipais e 447 Conselhos Comunitários (MORAES, 2008).[8]

Em relação à área territorial de atuação, os conselhos podem ser nacional (CONASP), estadual (ex. Pará, Alagoas e Ceará) ou distrital, municipais ou mistos.

Em relação à participação social, esta deve ser vista como princípio aplicável a todos os conselhos, em que pese haver conselhos que assim não observem.

Outrossim, há os conselhos não-paritários quando também são formados exclusivamente pela sociedade civil, sem qualquer representatividade do Poder Público, como acontece em muitos conselhos comunitários constituídos.[9]

---

7 Interpreta-se, contudo, que a pesquisa não diferenciou, nesta técnica, conselho comunitário do municipal.
8 Segundo, ainda, a citada pesquisa, mais de 50% dos conselhos de segurança pública que responderam à pesquisa estão concentrados entre os Estados de Minas Gerais e Paraná. Outrossim, afirma a pesquisa que: "é importante ressaltar que mesmo o conselho tendo 'comunitário' em sua nomenclatura, é bastante possível que os mesmos representem conselhos criados por força ou iniciativa dos estados, e não por iniciativa de alguma associação da sociedade civil. Neste aspecto, essa pesquisa se diferencia no levantamento feito em 2006 pelo IBGE, cuja proposta se dedicou a pesquisar as instituições nominadas como conselhos municipais de segurança pública." (*IBIDEM*, p.30).
9 Atentando-se para o princípio da participação social, mesmo os Conselhos Comunitários de Segurança devem ter integrantes gestores das organizações policiais que atuam no município e pela sociedade civil organizada.

Não há um parâmetro nacional sobre as funções desenvolvidas pelos conselhos de segurança, embora as Diretrizes 5 e 20 da 1ª CONSEG tenham estabelecidos alguns destes poderes. Em decorrência da sua finalidade precípua, procura indicar as funções dos conselhos de segurança basicamente em 04, sendo exclusivas ou concorrentes. Há a função deliberativa[10], que por sua vez não tem efeito vinculante nem *erga omnes;* consultiva, normativa e fiscalizadora (de controle).

De igual modo, as deliberações podem ser compartilhadas ou condicionadas à aprovação da autoridade do órgão que o conselho está vinculado, nos termos de regramento próprio.

No âmbito nacional, o Decreto nº 7.413/2010, reestruturou o Conselho Nacional de Segurança Pública - CONASP e redefiniu suas finalidades. O CONASP surge como fruto da 1ª CONSEG e instância fundamental na efetivação dos princípios da cooperação e integração, além de fomentar o princípio da gestão compartilhada.

Atentando-se para o princípio participativo e paritário, o CONASP é composto, atualmente, por 30 membros[11], sendo 40% da sociedade civil, 30% trabalhadores da área da segurança pública e 30% de gestores. Das 12 vagas destinadas à sociedade civil, 06 foram destinadas para entidades e as outras 06 para fóruns, redes e movimentos sociais. Essa composição plural vem sendo mantida nos 545 conselhos de segurança, identificados em 2008, ainda que questionável paridade entre os três principais segmentos (MORAES, 2008).

As 09 vagas disponibilizadas para as entidades de trabalhadores foram distribuídas de modo a abranger os diversos setores da área de segurança: oficiais policiais e bombeiros militares estaduais ou distritais, praças policiais e bombeiros militares estaduais ou distritais, delegados de Polícia Federal ou delegados de Polícia Civil estaduais ou distritais, agentes de Polícia Federal ou agentes de Polícia

---

10 No sentido de definir sobre a implantação e tomar decisões sobre as estratégias de políticas ou ainda administração de recursos, além de deliberar proposições e resoluções e/ou aprová-las. Exs. Resoluções, recomendações e moções.

11 Além da Plenária, integram ainda o CONASP a Presidência, a Secretaria-Executiva, os conselheiros e a Comissão Permanente de Ética e os Grupos temáticos, comissões temporárias e câmaras técnicas.

Civil estaduais ou distritais, integrantes das guardas municipais, papiloscopistas estaduais, distritais ou federais, membros da Polícia Rodoviária Federal, peritos oficiais criminais estaduais, distritais ou federais, e agentes penitenciários vinculados a qualquer dos entes da federação.

De acordo ainda com o referido decreto, o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP e o Conselho Nacional de Defensores Públicos Gerais – Condege poderão indicar, cada qual, um representante junto ao CONASP, no entanto, sem direito a voto embora com direito a voz. Há, ainda, a possibilidade de participação convidados e observadores.

Como órgão colegiado consultivo e deliberativo, integrante do Ministério da Justiça, sua finalidade primordial é "formular e propor diretrizes para as políticas públicas voltadas à promoção da segurança pública, prevenção e repressão à violência e à criminalidade, e atuar na sua articulação e controle democrático" (art. 1º, Decreto nº 7.413/2010).

Mantida a função de formular diretrizes e controle da execução da Política Nacional de Segurança Pública, deve estimular a modernização institucional para o desenvolvimento e a promoção intersetorial das políticas de segurança pública, além de desenvolver estudos e ações visando ao aumento da eficiência na execução desta Política.

Em decorrência de sua área de abrangência, imbuiu-se ao CONASP articular e apoiar, sistematicamente, os demais Conselhos que devem compor o Sistema Nacional de Conselhos de Segurança Pública, com vistas à formulação de diretrizes básicas comuns e à potencialização do exercício das suas atribuições legais e regulamentares, bem como promover a integração entre órgãos de segurança pública federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais.

Ocorre que este sistema nacional de conselhos ainda não foi instituído, bem como esse papel a ser desempenhado pelo CONASP está em nível embrionário – ou para outros deficiente.

Não há uma interação e articulação entre os conselhos, e muitas vezes entre estes e o Poder Público. Noutro lado, os órgãos de segurança também denotam

uma deficiência de articulação entre si. A desarticulação de ações institucionais de segurança, sob a justificativa das competências constitucionais àqueles órgãos, é fator prejudicial à garantia do direito à segurança.

2.2 A participação social como fator interativo na construção da segurança pública

Por ser a segurança pública um direito, um dever e um fenômeno social e heterogêneo, diante de suas várias vertentes, sua efetivação e aperfeiçoamento dependem da participação popular nessa construção, em cumprimento do art. 144 da CF.

“Direitos e responsabilidade de todos” denota a ideia de cooperação, colaboração e co-responsabilidade. Permitir a participação de todos os “garantes”, “garantidores” e “garantidos” da segurança pública, nada mais é do que possibilitar a realização do *status activae civitatis* de modo efetivo, o pleno exercício da cidadania.

Saber que a segurança é um dever de todos não pode soar como um clichê, ou banalização de tal ideia.

De fato, “a polícia não pode ser a única voz no coral da segurança pública” (HASSEMER, 1993, p. 62) ou esta não pode ficar restrita a uma “questão de polícia.”

Se a segurança visa proteger e garantir direitos e a ordem pública de uma localidade ou grupo social, não mais lógico que esta comunidade participe e atue na construção de melhores soluções, em busca da pacificação social.

Daí que dizer que não basta participar “simbolicamente”, sem realmente não contribuir e passa isso também se faz necessário o apoio estatal para esta participação mais efetiva.

Os canais de participação direta são espaços públicos onde as expectativas de comportamento estabilizadas coercitivamente e os processos racionais de legislação e aplicação normativa permitam que as decisões deles resultantes decorram do assentimento racional dos afetados pela norma (legitimidade). No “modelo de eclusa” da democracia de Jürgen Habermas (1997, p. 87):

> [...] para que os cidadãos possam exercer influência sobre o centro, isto é, parlamento, tribunais e administração, os influxos comunicativos vindos das periferias têm que ultrapassar as eclusas dos procedimentos democráticos e do Estado Constitucional.

Os canais participativos, ainda que existam questionáveis arranjos, representações, efetividades ou metodologias, sem dúvida, representam um espécie de termômetro social, um diagnóstico espacial e temporal de necessidades ou reivindicações sociais.

Como interesse público, uma efetiva segurança pública deve pertencer a toda coletividade. Com efeito, a violência, a criminalidade, a corrupção, a desordem e insegurança nos espaços públicos não são problemas apenas do Estado, como também – e principalmente – da sociedade, pelo fato de ser o principal sujeito a se prejudicar por sua ausência ou deficiência. Por ser um problema complexo, exige um diagnóstico mais adequado, o que se aperfeiçoa com a participação do governo, da sociedade e dos agentes e operadores de segurança.

O envolvimento dos garantes, garantidores e garantidos da segurança melhor flui o processo linguístico e dialógico, de forma a permitir uma melhor compreensão e articulação. De fato, o agir comunicativo permite que os sujeitos se tratem como falantes e destinatários, de forma igualitária e sem hierarquia.

No agir comunicativo os atores fazem uso destranscendentalizado da razão na suposição de um mundo objetivo comum, e a suposição de racionalidade de forma recíproca.

Na linguagem do discurso, HABERMAS (2012, p. 55) reforça a ideia de que o entendimento e a coordenação da ação devem ser possíveis, "os atores devem ser capazes de assumir uma posição fundamentada em relação a exigências de validez criticáveis e de se orientarem por exigências de validez na ação própria."

Neste particular, os conselhos e as conferências de segurança são esferas públicas de discussão e fator de interação e integração da segurança pública.

Verifica-se que 1ª CONSEG contou com etapas eletivas e preparatórias, municipais e estaduais, sendo que as preparatórias consistiram em conferências livres, projetos especiais, conferências municipais, seminários temáticos, conferência

Virtual, além ainda das conferências estaduais. Todas as propostas das atividades preparatórias foram recebidas diretamente para a sistematização da Etapa Nacional.

Para especialistas do IPEA (FARIA & LINS, 2013, p. 80):

> A dinâmica por meio da qual se discute e se delibera o temário proposto já mostra a conexão que se estabelece entre um nível e outro: o tema é debatido, reelaborado e votado do nível local até o nacional, possibilitando o desenvolvimento da *expertise* deliberativa dos atores e a reconfiguração de suas preferências e escolhas. Desta forma, é possível afirmar que o temário vai assumindo, ao longo do processo conferencista, a forma de uma representação discursiva (Dryzek e Niemeyer, 2008), centrada não só no sujeito, mas nos discursos gestados e modelados no interior do processo.

Com 7 eixos temáticos[12], ao final da etapa nacional 10 princípios e 40 diretrizes foram votadas e priorizadas em ordem na 1ª CONSEG. Alguns temas são incontestes contraditórios, mas não tem o condão de elidir a amplitude dos processos linguísticos e dialógicos por um ideal ou finalidade comum, por uma política nacional sobre o assunto.

Destaca-se o Princípio 4, pela fomentação, garantia e consolidação de uma nova concepção de segurança pública como direito fundamental e com promoção de reformas estruturais no modelo organizacional de suas instituições, nos três níveis de governo, democratizando, priorizando o fortalecimento e a execução do SUSP - Sistema Único de Segurança Pública e do CONASP.

Relatórios de Grupos de Trabalho do Ministério da Justiça de acompanhamento e monitoramento da CONSEG em 2010 e 2011 já demonstram os avanços sobre políticas públicas e proposições normativas no Congresso Nacional decorrentes da conferência. Recentemente, Grupo de Trabalho da Mesa Diretora CONASP apresentou, em agosto de 2014, trabalho referente à devolutiva sobre diretrizes da 1ª CONSEG para etapa nacional do diálogos regionais, a vista da 2ª CONSEG prevista para 2015. Observa-se a existência de tramitação de 156 proposições legislativas de temas aprovados pela conferência, sendo 121 deles

12 Eixo 1 – Gestão democrática: controle social e externo, integração e federalismo; eixo 2 – Financiamento e gestão da política pública de segurança; eixo 3 – Valorização profissional e otimização das condições de trabalho; eixo 4 – Repressão qualificada da criminalidade; eixo 5 – Prevenção social do crime e das violências e construção da cultura de paz; eixo 6 – Diretrizes para o Sistema Penitenciário; e eixo 7 – Diretrizes para o Sistema de Prevenção, Atendimento Emergenciais e Acidentes.

oriundos da Câmara dos Deputados e 35 do Senado Federal. Destes, 7 já se tornaram leis, uma emenda constitucional – nº 82/2014 – e uma lei complementar – nº 144/2014.

Da análise empírica, não se pode assegurar que todas essas proposições advieram diretamente das propostas aprovadas pela CONSEG. No entanto, também não há como desvinculá-las, uma vez que estas propostas foram encaminhadas àquela Casa Legislativa.

Thamy Pogrebinschi (2012, p. 36), em pesquisa realizada, atesta que houve uma distribuição temporal dos projetos de leis e propostas de emendas à Constituição convergentes com as diretrizes das conferências nacionais de minorias e de direitos humanos, no período de 1997 a 2009. Mais adiante, assevera a autora que a relação entre o número de conferências e o número de projetos de lei:

> [...] por si só já é indicativa de que, de fato, as conferências nacionais i) impulsionam a atividade legislativa do Congresso Nacional; e ii) pautam a sua agenda, impelindo-o a deliberar sobre determinados temas em determinados momentos.

Ora, as conferências contribuem com o entendimento da natureza dos processos participativos, enfatiza que há outros objetivos além da formulação de propostas para políticas públicas e também se propõem a agendar temas, avaliar situações e fortalecer a participação (SOUZA, 2012), além de exercerem um papel inclusivo (ALMEIDA, 2012; CUNHA, 2012).

No âmbito do CONASP, seu fortalecimento adveio do Princípio 4 e do Princípio 9 da conferência, definindo-o como importante instância deliberativa de gestão compartilhada.

O teor da recomendação nº 2 do CONASP tornou-se programa de governo com o Juventude Viva, para combater a mortalidade da juventude negra; as recomendações 3 e 6 promoveram alteração legislativa quanto à autonomia das perícias; sendo que a recomendação nº 7 sobre os papiloscopistas encontra-se em tramitação e discussão no Congresso. Conteúdo da recomendação nº 15 foi incorporada na Lei Complementar nº 144/2014 sobre a aposentadoria do servidor público policial. Destaca-se ainda a recomendação nº 12 sobre a vedação de pena

de prisão disciplinar militar que gerou diretas e expressas mobilizações legislativas em outros estados, como em São Paulo e no Rio de Janeiro.

O parecer nº 01/2010 do CONASP, ao discutir o tema da segurança nos municípios, fomentou a criação da Lei de Guardas Municipais (L. 13.022/2014). No conselho houve discussões sobre a espionagem, intolerância religiosa, violência da juventude negra, auto de resistência, implementação de defensorias públicas que também geram moções, apenas exemplificando.

Para Silvio Caccia-Bava (2001, p. 46), pela relação dos conselhos com o Executivo são orientadas ações dos núcleos territorializados para atender as problemáticas específicas e exercício de controle público, enquanto que exerce um sentido de complementariedade em relação com o Legislativo.

Sem dúvida, os desafios e dificuldades enfrentados pelos conselhos de políticas públicas são muitos e tão complexos quanto sua própria formação e institucionalização em cada esfera federativa. Poucos problemas podem ser considerados comuns a todos, e uma comparação seria tão complexa quanto seus desenhos e arranjos. Também não significa dizer que a efetivação obtida e o resultado pretendido de políticas públicas por aqueles possam ser menos do que estes, ou vice-versa. De fato, estes espaços públicos apresentam alguns desafios como a deficiência de comunicação, articulação e fragmentação entre eles e a dificuldade em exercer capacidade de *enforcement*, compreendendo-se a capacidade de operacionalizar e fazer valer suas decisões e deliberações (MOTA JR, 2013). Contudo, para GOHN (2011, p. 112):

> conselhos são espaço com caráter duplo: implicam, de um lado, a ampliação do espaço público – atuando como agentes de mediação dos conflitos remando, portanto, contra as tendências das políticas neoliberais de suprimir os espaços de mediação dos conflitos; mas, de outro lado, dependendo da forma como são compostos, poderão eliminar os efeitos do *empowerment*, do sentido de pertencer dos indivíduos, e afirmar antigas práticas herdeiras do fisiologismo.

A participação social por meio de espaços públicos, portanto, permite a reunião de sujeitos políticos diversos, inserindo-os em uma etapa do ciclo de gestão de políticas públicas e garantias de direitos pela interação, além de favorecer a conexão com outras redes públicas e instituições participativas. Logo, por meio de

um silogismo, o aumento do exercício da cidadania nas redes e espaços públicos desenvolve os processos participativos e concretização de direitos, de maneira direta, indireta ou reflexa.

CONCLUSÃO

A construção de segurança pública esta intimamente ligada à participação social e aos seus aspectos multidisciplinar e interdisciplinar. Noutro lado, essa participação constitui fator interativo entre os diversos atores sociais e públicos.

O fortalecimento da participação social na fomentação, elaboração e implementação de políticas públicas referentes à segurança pública tem demonstrado uma efetivação de direitos e resultados, como se verifica da análise das proposições da 1ª CONSEG e do CONASP.

A diversidade e a complexidade dos centros urbanos – e hoje também do campo e fronteiras -, seus diferentes e mutáveis modo de viver, sempre gerarão tensões sociais, num maior ou menor grau. Daí, políticas de prevenção, diagnósticos e inclusão social são essenciais na construção de uma segurança pública almejada por todos.

Há de se convir que a segurança pública, como fenômeno heterogêneo, não se encontra apenas nas camadas mais abastardas ou nas grandes decisões políticas. Seu conteúdo universal abarca todos os níveis, em maior ou menor grau o que não elide de promover meio de prevenção, aumentar a integração e colaboração da sociedade, buscando sempre alcançá-la ou promovê-la.

A ampliação de processos linguísticos e dialógicos nos canais diretos de participação, como os conselhos e as conferências, promove a discussão, a tomada de decisão e o reconhecimento de causas e problemas.

Participação social e segurança pública possuem uma relação simbiótica, logo, se integram ou se interagem – ou devem se interagir.

Idp MESTRADO

Envidar esforços, convergir em opiniões, otimizar ações e perquirir resultados comuns não são os únicos caminhos para alcançar a tão almejada segurança pública, mas por certo, são caminhadas em rumo a várias estradas, sem retrocesso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, J. L. et al. **Participação Social e Desigualdades nos Conselhos Nacionais. Sociologias**. Porto Alegre, ano 15, n. 32, jan./abr. 2013, p. 112-146.

ALMEIDA, Débora R. **Representação Política e Conferências: Os Desafios da Inclusão da Pluralidade**. Texto para discussão 1750. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2012.

AVRITZER, Leonardo. **Conferências Nacionais: Ampliando e Redefinindo os Padrões de Participação Social no Brasil**. Texto para discussão 1739, Ipea, Rio de Janeiro, 2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 101.300**. Rel. Min. Ayres Britto, j. 5/10/2010, Segunda Turma, DJe 18/11/2010.

_______.SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC 199650/RS**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04/06/2009, Quinta Turma. DJe 27/06/2011.

BULOS, Uâdi Lammego. Curso de **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CACCIA-BAVA, Silvio. **Participação, representação e novas formas de diálogo**. São Paulo: Pólis/Programa Gestão Pública e Cidadania/EAESP/FGV, 2001.

CUNHA, Eleonora S. **Conferências de Políticas Públicas e Inclusão Participativa**. Texto para discussão 1733. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2012.

FARIA, Cláudia Feres; LINS, Isabella Lourenço. **Participação e deliberação nas conferências de saúde: do local ao nacional.** *In* AVRITZER, Leonardo; SOUZA, Clóvis Henrique Leite de (org). *Conferências nacionais: atores, dinâmicas participativas e efetividades.* Brasília: Ipea, 2013.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos gestores e participação sociopolítica**. São Paulo: Cortez, 2001.

_______. **Sociologia dos movimentos sociais: indignados, Occuppy Wall Street, Primavera Árabe e mobilizações no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2013.

IBGE. **Pesquisa de Informações Básicas Municipais**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2006.

IPEA. **Pesquisa SIPS.** Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília. 2010 e 2011.

HABERMAS, Jürgen. Uma Conversa sobre Questões de Teoria Política. Entrevista a Mikael Carlehedem e René Gabriels. ***Revista Novos Estudos CEBRAP***, São Paulo, n. 47, março 1997, p. 87.

__________. **A inclusão do outro – estudos de teoria política.** São Paulo: Loyola, 2002.

__________. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HASSEMER, Winfried. **Três Temas de Direito Penal**. Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre/1993.

LAZZARINI, Álvaro. **Direito administrativo da ordem pública**. Álvaro Lazzarini ET AL. Coord. José Cretella Junior, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MORAES, Luciane P. B**. Pesquisa Nacional dos Conselhos de Segurança Pública**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

MOTA JR. **A Constituição Cidadã e Direito: sob a perspectiva da participação social e a esfera pública habermasiana**. *In* XIMENES, Julia Maurmann, BARROS, Janete Ricken Lopes de (org). *25 anos da Constituição Influências jurídicas, atores políticos e contexto sociológico*. Brasília: IDP, 2013.

NETO, Manoel Jorge e Silva. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

POGREBINSCHI Thamy. **Conferências nacionais e políticas públicas para grupos minoritários**. Texto para Discussão 1741. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2012.

OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. **CONASP: estudo sobre a função dos conselhos gestores atuais - Nota técnica elaborada para a SENASP**. Brasília: Ministério da Justiça, 2007.

SANTOS, Boaventura de S. & AVRITZER, Leonardo. *Introdução – Para ampliar o cânone democrático*. In: SANTOS, Boaventura de S. (org.). **Democratizar a Democracia: Os caminhos da democracia participativa.** Coleção Reinventar a Emancipação Social: Para novos manifestos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SOUZA, Clóvis H. L. **A que vieram as conferências nacionais? Uma análise dos objetivos dos processos realizados entre 2003 e 2010**. Texto para discussão 1718. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2012.

SOUZA, Clóvis H. L.; CRUXÊN, Isadora Araujo; LIMA, Paula Pompeu Fiuza; ALENCAR, Joana Luiza Oliveira; RIBEIRO, Uriella Coelho. **Conferências Típicas e Atípicas: um esforço de caracterização do fenômeno político.** *In* AVRITZER, Leonardo; SOUZA, Clóvis Henrique Leite de (org). *Conferências nacionais: atores, dinâmicas participativas e efetividades.* Brasília: Ipea, 2013.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 4v. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

THEOPHILO, Roque. **A transdisciplinaridade e a modernidade**. Disponível em: <http://www.sociologia.org.br/tex/ap40.htm>. Acesso em: 7 set. 2014.

SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

PUBLIC SAFETY IN BRAZIL

Desirée Paixão Costa[13]
DOI 10.11117/9788565604505.02

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo mostrar a evolução do constitucionalismo no Brasil, para que possamos entender e resolver a problemática de um assunto específico amparado diretamente pela Constituição de 1988, que é o da segurança pública. É uma questão atual e muito complexa, a qual vários fatores influenciam como: educação, sistema carcerário decadente, força policial despreparada e omissão do poder público. Também serão expostos os dados sobre o aumento da criminalidade, as soluções atuais que estão sendo aplicadas, se elas atingem a eficácia necessária, e quais as mudanças que podem reverter essa situação crítica que estamos chegando, a qual a legitimidade estatal está sendo absorvida pela sociedade que tenta fazer justiça com as próprias mãos em tentativa de se defender ou de punir aqueles que cometem crimes.

PALAVRAS- CHAVE: Constitucionalismo. Estado. Segurança Pública. Omissão. Criminalidade.

ABSTRACT: This work aims to show the evolution of constitutionalism in the Brasil, so we can understand and solve the problem of a unique subject covered by the constitution of 1988, that is of public security. It's a current and complex question, which have the influence of several factors, like: education, prison system decadent, police force that acts whith abuse of power and omission of public power. Also will be exposed data on the increase in crime, the curtents solutions that are being implemented, if they reach the necessary effectiveness, and what are the changes that can reverse this critical situation that we reached, which state legitimacy is being absorbed by society that attempt to defend or to punish those who commit crimes.

KEYWORDS: Constitutionalism. State. Public Security. Omission. Criminality.

---

13 Estudante de Direito.

Introdução:

Atualmente o aumento da criminalidade vem deixando a sociedade insegura e insatisfeita com as atuais formas de controle de crimes. Chegamos a um nível extremo de voltar ao estado natural, retirando a responsabilidade do Estado de garantir a segurança pública que é assegurada pela própria Constituição, e fazer justiças com as próprias mãos. Tudo isso é demonstrado pelo número de notícias sobre crimes que ocorrem todos os dias. Nesse ano de 2014, segundo o jornal eletrônico Globo, na cidade do Rio de Janeiro, um jovem, suspeito de roubo, foi amarrado em um poste e espancado, por pessoas que se denominavam justiceiras. O caso se repetiu em outros estados do país: Minas Gerais e Santa Catarina. Como dito anteriormente esse não é um problema isolado e sim com influência de muitos outros fatores: nosso sistema carcerário decadente, o pouco investimento na educação, um sistema de força policial falho, corrupto e que se utiliza do abuso de poder, sem falar nas milícias, e a omissão do Estado diante de tudo que acontece.

É evidente que a situação está saindo do controle do Estado, pois a própria sociedade está começando a revidar sem observar a legitimidade estatal, a qual deveria resolver o conflito e manter a segurança de sua população. E assim fica a questão crucial dessa temática: Onde vamos chegar, e como reverter esse processo?

O Surgimento do Estado:

De acordo com Max Weber (1991), citado por Mayara Rodrigues (2010), o Estado, “é um aparato administrativo e político que detém o monopólio da violência legítima dentro de um determinado território, a partir da crença dos indivíduos em sua legitimidade”.

A ideia de Estado surge com as bases do capitalismo ainda no final da idade média e vai se desenvolvendo durante a idade moderna e contemporânea. A partir do momento que a economia é capitalista o Estado passa a existir e sua esfera pública e privada a se distinguir. E o direito que antigamente era natural, o qual cada

indivíduo agia de acordo com suas vontades, sofre grandes mudanças passando a responsabilidade para o Estado, ou seja, o mesmo deve garantir a ordem, segurança, e a liberdade desde que autorizada por lei.

O Capitalismo no Brasil:

O desenvolvimento econômico no Brasil foi tardio devido ao seu período colonial que perdurou do ano de 1500, quando descoberto, até 1822. Além disso, por muito tempo sua economia foi baseada na agricultura. As bases capitalistas começaram a aparecer só em meados do Século XIX, combinado com o surgimento de pequenas fábricas espalhadas pelo país. Entretanto, foi só em 1930 que as grandes indústrias de base foram implantadas no Brasil. Fatores internos e externos estimularam uma transição mais célere para o capitalismo, pois ocorreu, a crise do café, que era um dos principais produtos da base econômica agrícola; em seguida uma crise financeira mundial devido ao “ Crash” da bolsa de valores de Nova York, o que resultou em dificuldades para o Brasil importar produtos do exterior.

Esses fatos fizeram com que o processo de industrialização no Brasil começasse a ser mais rápido, ou seja, a alteração da importação dos produtos pela produção interna. Assim, as indústrias que já existiam aumentaram sua produção de acordo com o seu potencial, e outras novas indústrias começaram a surgir solidificando nossa produção interna com as indústrias de base. Desta forma, surgiu o capitalismo no Brasil e, portanto, também o Estado.

Evolução da Constituição no Brasil:

De acordo com Alexandre de Moraes (2013 p.25),

> A Constituição deve ser entendida como a Lei Fundamental suprema de um Estado que contém normas referentes à estruturação do mesmo á formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos e garantias e deveres dos cidadãos.

Ao decorrer de sua história o Brasil teve sete constituições que vão ser analisadas abaixo, de forma integral e com apontamentos na evolução da Segurança Pública. A atual é datada de 1988 e é conhecida como a Constituição Cidadã.

Em 1824, época do primeiro reinado, foi promulgada a primeira Constituição no Brasil. A mesma refletia as peculiaridades do período, mas antes de expor os detalhes, ressaltamos que foi uma constituição imposta pelo rei ao seu "povo". Nesse caso o "povo" não era toda a sociedade e sim os brancos e mestiços que votavam e participavam de alguma forma da política. Já quanto às peculiaridades observam-se quatro pontos: primeiro, os escravos não estavam inclusos na Constituição, nela mal se falava dos libertos; segundo, houve a organização dos poderes e definiram-se atribuições; terceiro, garantiu os direitos individuais, entretanto, era uma aplicação relativa, pois a parte da sociedade livre dependia dos grandes proprietários de terra e na época a relação era autoritária, ou seja, só tinha direito um pequeno grupo seleto da sociedade; quarto, o voto era censitário, pois só podia votar quem preenchesse determinados requisitos, inclusive financeiro, e indireto, pois primeiro votava-se em um grupo de pessoas denominados de grupo eleitoral e depois o mesmo escolhia os candidatos, lembrando que a época era da monarquia.

Quanto à segurança pública, a Constituição de 1824 é omissa, entretanto, em seu Art.102, XV, a mesma dispõe que o Imperador é o Chefe do Poder Executivo e o exercia pelos seus Ministros de Estado. São suas principais atribuições: XV- Prover a tudo que for concernente à segurança externa do Estado, na forma da Constituição. (grifos nossos)

Nessa época também, de forma mais exata em 1931, foi criada a Guarda Nacional, a mesma consistia em uma milícia de cidadãos que eram ativos politicamente, ou seja, os proprietários rurais, e tinha como objetivo preservar a ordem e evitar ameaças de apoiadores da república e da abolição.

No dia 15 de novembro de 1889, houve a Proclamação da República e em seguida algumas mudanças importantes no sistema político e econômico do Brasil, como a abolição do trabalho escravo e o aumento da indústria. Assim, nesse

contexto, em 1891, foi promulgada a Constituição da República. Suas principais inovações foram: declaração da independência dos três poderes, legislativo, judiciário e executivo; instituição da forma Federativa de Estado e a forma de República de Governo; os analfabetos e os mendigos não podiam votar, entretanto, a restrição é menor se comparada com a Constituição de 1824; A separação do Estado e Igreja, como também a religião católica não era mais considerada oficial, e por último uma inovação jurídica a criação do Habeas Corpus.

Na questão específica da segurança pública, ela foi tratada no Decreto n°1, que visava à manutenção da ordem. Em seu Art.6 estava disposto, que em qualquer dos Estados onde a ordem pública for perturbada, e onde falte o governo local [...] o governo provisório deve intervir [...] No Art.8 dispõe que a força pública regular, representada pelas três armas do Exército e pela Armada Nacional [...]. Já no âmbito Constitucional, em seu Art.34 estava estabelecido que competisse privativamente ao Congresso Nacional mobilizar e utilizar a Guarda Nacional ou Milícia Cívica, nos casos previstos pela Constituição. Observa-se certa autonomia por parte dos Estados na questão da segurança pública, pois os mesmos tinham que se organizar para manter a ordem. E foi quando surgiu um poder de certa forma militar que na mão dos governadores dos Estados viraram forças políticas.

Assim, notam-se severas mudanças na Constituição de 1891 se comparada com a de 1824 da época do Império. Como também se observa uma constante evolução benéfica no âmbito dos direitos individuais, da forma de governo, e da segurança pública.

A terceira Constituição foi promulgada em 1934. As inovações foram principalmente no âmbito dos direitos sociais, que era uma “marca registrada” do presidente da época Getúlio Vargas.

As principais características dessa Constituição foram: o voto tornou-se obrigatório a partir dos 18 anos e também secreto, as mulheres ganharam esse direito, entretanto, os analfabetos e os mendigos ainda continuavam excluídos e a criação da justiça eleitoral; houve a criação da lei específica aos trabalhadores que estabelecia limites á jornada de trabalho, como também, o descanso semanal obrigatório e o direito as férias remuneradas e a justiça do trabalho; e por último,

mais inovações jurídicas com a criação da Ação Popular e o Mandado de Segurança.

No âmbito da segurança também houve avanços, como por exemplo, a elevação das forças policiais a nível Constitucional e a criação de Lei Federal específica abordando assuntos como, organização, instrução e utilização das polícias militares demonstrando claramente a vinculação ao Governo Federal, ou seja, se fosse convocada deveria comparecer. Nesse período também foi criada a justiça militar.

Em 1937, o mesmo presidente Getúlio Vargas revogou a Constituição de 1934 e outorgou outra carta constitucional que tinha certa influência Fascista. Nessa Constituição as principais mudanças foram: supressão da liberdade de imprensa e dos partidos políticos; revogou a independência dos três poderes; instituiu a pena de morte; instituiu também a prisão e o exílio de pessoas contra o governo; modificou os votos novamente para indireto. No quesito Segurança Pública houve poucas alterações, como a possibilidade de intervenção do Governo Federal nos Estados para estabelecer a ordem, e também a ampliação do poder de intervenção do Presidente na polícia.

Um ano após o fim do governo de Getúlio Vargas tivemos nossa quinta Constituição, datada em 1946, que retornou a base democrática. As principais mudanças que ocorreram na carta magna dessa época foram: a revogação de todas as limitações impostas pela de 1937; a incorporação da Justiça trabalhista; a possibilidade da pluralidade de partidos, como também, o direito da livre associação ao sindicato; o direito de greve e a desapropriação devido ao interesse social. Entretanto, as mudanças no âmbito direto de Segurança não foram tantos, mas a segurança nacional passa a ser matéria da defesa do país, e a Constituição só se refere às policias militares.

Já em 1967, foi à época do Regime Militar que consistia em um governo autoritário, que visava à segurança do país acima de tudo. Essa época foi marcada pela instituição dos A.I (atos institucionais) principalmente o de número 5 que censurou os meios de comunicação e suprimiu diversos direitos e garantias individuais. O voto voltou a ser indireto, e ao decorrer do regime também foi

decretado o Estado de Sítio, que é um estado de exceção e deve ser instaurado nos casos de grave ameaça, como guerras e calamidade pública.

No âmbito da segurança pública podemos notar que as forças policiais são de caráter militar e que há mais liberdade em utiliza-las permitindo as várias ações repressivas feitas pelo Estado. E com o Decreto-Lei n° 667 isso é reafirmado, pois os próprios estados não poderiam ter sua própria força policial organizada, a única aceita era a Polícia Militar. Com o objetivo de manter a segurança nacional, e a manutenção da ordem surgem também vários órgãos com caráter informativo para vigiar as atividades dos indivíduos. Assim, observa-se que nesse período de Regime Militar, a atividade policial foi militarizada, logo a segurança pública também.

Nessa Constituição tivemos uma regressão dos direitos antes estabelecidos, e também uma grande censura por parte do governo. Entretanto, nossa última carta magna revogou o que foi posto no regime militar, como trouxe mais evolução no âmbito dos direitos.

A última carta magna do Brasil foi promulgada em 1988, também conhecida como a Constituição Cidadã. Em suma, as principais mudanças foram: o reestabelecimento da democracia; ampliação dos direitos e garantias do indivíduo, como também, das liberdades civis; criação de mais direitos trabalhistas; o direito ao voto foi concedido aos analfabetos e aos jovens a partir dos 16 anos; criação do Habeas Data.

Nessa época, de acordo com Victoria Amália Sulocki (2007 p.117),

> O Sistema Policial pode ser visto sob dois aspectos diferentes: [...] a polícia como atividade administrativa de limitação de direitos, configurando-se poder de polícia; outro, mais restrito e subjetivo, entende a polícia como uma organização que presta serviço público, portanto existiria como uma força pública [...] podemos entender a força policial como um serviço público, dotada de determinados poderes para usar a força quando necessário, poderes esses regulados e limitados pela lei e pelo interesse público.

Assim, nota-se que toda a evolução que tivemos na Constituição tem como fundamento os momentos, históricos, políticos e econômicos que estavam acontecendo, mais a influência dos diversos fatores externos. Essa última exposição

sobre segurança pública é a que vigora atualmente em nosso país, sendo assim, também é a problemática que vai começar a ser explanada no próximo tópico.

Segurança Pública na Constituição de 1988:

De acordo com Vicenç Cudolá (2007 p.233), a segurança pública tem uma ação essencialmente política, que consiste em estabelecer metas a serem alcançadas para manter o equilíbrio de convivência entre a sociedade e a criminalidade. Já para Valter Santin (2004 p.286), temos outra ação que é de natureza executória, que visa concretizar os procedimentos para alcançar metas. Assim, teríamos duas naturezas distintas de ações, a política e a executório. Nesse sentido, nosso ponto de partida é a Carta Magna atual, que dispõe sobre a temática da Segurança Pública como direito, em seus Artigos. 5°, 6° caput. E aborda o assunto de forma específica em seu Art. 144 e seus demais incisos e parágrafos, como segue abaixo:

> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes".

> "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)".

> "Título V: Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas
>
> Capítulo III: Da Segurança Pública
>
> **Art. 144.** A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
>
> I - Polícia Federal;
>
> II - Polícia Rodoviária Federal;
>
> III - Polícia Ferroviária Federal;

IV - Polícias Civis;

V - Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares.

§ 1º A Polícia Federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A Polícia Rodoviária Federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A Polícia Ferroviária Federal, órgão permanente, estruturado em carreira,

destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º Às Polícias Civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às Polícias Militares cabem à polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos Corpos de Bombeiros

Militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º As Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

§9° A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4° do art.39".

Após uma leitura cautelosa nos Artigos 5°, 6° e 144, da Constituição Federal, observamos que o direito á segurança pública é assegurado de forma direta pela Carta Magna, portanto, de direito e responsabilidade de toda a sociedade, e que cada estado tem competência e responsabilidade na questão da segurança pública. A Constituição também faz menção no mesmo artigo, as Polícias Federais, sendo elas competentes apenas para determinadas matérias designadas nos parágrafos 1°, 2°, 3°, entretanto, as outras atribuições são dos próprios Estados-Membros. De acordo com a Victoria- Amália Sulocki (2007. p122), nessa divisão de competências que surgem os primeiros problemas, pois se exige certo equilíbrio entre todos os estados e seus órgãos e as políticas públicas utilizadas por cada ente.

Desta forma, nota-se que o direito á segurança pública garantido pela Constituição deve ser cumprido pelo o Estado. Entretanto, lembramos que a tarefa de assegurar sempre foi complexa, pois como afirma Otfried Hoffe (2006 p.343),

> Para manter certo grau de segurança o Estado sempre precisou limitar a liberdade dos cidadãos de forma que a tensão entre a segurança e liberdade é onipresente na história do Estado e, em cada uma das suas diferentes roupagens, essa tensão é gerida de maneira diversa, ora a favor da liberdade, ora a favor da segurança.

Portanto, a liberdade e a segurança sempre vão estar se contrapondo, e por isso, há necessidade de se buscar um equilíbrio. A partir do momento que todos podem cometer qualquer crime e não acreditam que o Estado possa vir a coibir determinada conduta, nota-se que atualmente o lado da liberdade tem sido reduzido.

Segurança Pública:

O tema segurança pública pode ser definido por vários fatores, e há divergência sobre os escritores que abordam essa temática, entretanto, dois autores com visão extremamente opostas chamam a atenção. O primeiro é Rui Mello (2000 p.23-35), que define o tema como a ausência de delitos em estado ideal, onde não há ocorrência de crimes ou contravenções. Já para Valter Santin (2004 p.286), a segurança pública é um regime permanente de proteção do cidadão em situação de estabilidade institucional, para a manutenção da ordem interna e a proteção do cidadão, com intuito de uma convivência normal em sociedade e busca de harmonia social. Assim, percebemos que a definição de Rui Mello é radical, e utópica se aplicada no Brasil, pois os nossos índices de criminalidade são altos e nosso sistema carcerário decadente, pois não cumprem com sua função social de reeducar e reinserir o criminoso na sociedade, além de outros fatores que vão ser mencionados em hora oportuna. Entretanto, em países mais desenvolvidos a definição de Mello é aplicada praticamente em sua totalidade, como, por exemplo, o caso da Holanda e Suécia, que devido novas medidas adotadas e o baixo índice de criminalidade estão fechando prisões, e o dinheiro antes direcionado para a manutenção das cadeias pode ser usado para investir em outras áreas, como, por exemplo, saúde. Já a definição do Valter Santin, se aplica mais a nossa realidade, pois buscamos um regime de proteção permanente para o individuo e a harmonia social, entretanto, os meios atuais são falhos e não tem a eficácia esperada.

Outros conceitos a serem desenvolvidos são o da ordem pública e das políticas de segurança públicas. O primeiro o autor Linconl Filocre (2014 p. 241-278), define como estado de estabilidade dinâmica de uma sociedade, resultante de mecanismo regulador, que confere o estabelecimento de relações livres a cada um dos indivíduos. Isso significa que os indivíduos tem uma liberdade que não é

absoluta, e que o sistema regulador age através de todos seus órgãos para manter a estabilidade da sociedade, podendo evoluir com o passar do tempo. Já o segundo, a autora Maria Bucci (2007 p. 241-278), explica que a política de segurança pública são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Assim, as políticas públicas são um instrumento a favor do Estado para cumprir seu objetivo garantir a segurança a sociedade e a harmonia social.

Nesse sentido, após a explicação dos conceitos acima, a hora torna-se oportuna para explanar a função da polícia e sua área de atuação. Porém, para não começarmos a construção de um pensamento utópico enfatizaremos a ideia do autor Luhmann (1996 p.38) que afirma que não existe comportamento sem risco, logo não há segurança absoluta.

As polícias se dividem em duas esferas: Federal que inclui a Polícia Rodoviária, Polícia Ferroviária Federal, e a própria Polícia Federal; Estadual que inclui a Polícia Civil, Militar e o Corpo de Bombeiros Militares. Temos também a Guarda Municipal, que não esta inclusa em nenhuma esfera, porém não menos importante.

Ressalta-se também que as Polícias Federais e suas demais divisões são organizadas e mantidas pela própria União e tem o dever de patrulhamento somente das vias federais. Quanto as Polícias Estaduais devem ser controladas pelos próprios Estados e o Distrito Federal, e tem a obrigação de patrulhar as vias estaduais. Já os municípios ficaram sem competência direta na matéria de segurança, ou seja, não detêm o poder de instituir nenhum órgão policial, porém o município pode criar a guarda municipal se desejar, entretanto, ela deve obedecer alguns requisitos como não usar armas.

Atualmente, sabemos que as principais polícias que atuam diariamente na vida do indivíduo são a Civil e Militar que pertencem á esfera Estadual. A primeira tem o dever de intervir e reprimir os crimes ou infrações penais que não podem ser evitados, sua atuação também compreende na investigação de crimes. A segunda tem caráter preventivo devendo evitar a perturbação da ordem, que pode ser

interpretado de forma ampla ou restrita sendo usada a favor da situação que tiver ocorrido. Entretanto, novas funções designadas a Polícia Civil, como emissão de boletim de ocorrência por acidentes de trânsito sem vítimas e perdas de documentos, tem sobrecarregado o instituto policial, e isso prejudica todos, devido à lentidão que acaba atingido o sistema por cuidar de mais funções do que sua capacidade permite.

Após essa breve explicação acima, partiremos para parte prática da atuação do Estado na Segurança Pública. A atuação se divide em direta e indireta. A primeira inclui a subdivisão principal e lateral. Já a segunda inclui atuação indireta por indução e direção.

Segundo, Lincoln Filocre (2014 p. 109) A atuação direta principal consiste na ideia de o Estado atuar de forma direta na segurança pública, ou seja, se utilizar de um órgão específico criado para essa finalidade. Assim, temos como principais instrumentos, a polícia e o sistema penitenciário. Já na atuação direta lateral, os órgãos utilizados não são específicos da Segurança Pública, como por exemplo, o Ministério Público que atua na ação penal buscando a condenação dos criminosos e o Poder Judiciário que julga os processos criminais.

Consta também no livro do mesmo autor, Filocre (2014 p.134), que a atuação indireta por direção e indução acontece quando o Estado utiliza mecanismos que determinam ou induzem condutas que devem ser seguidas pelo indivíduo. Assim, no caso da indireta por direção temos como exemplo, a permissão e fiscalização das empresas privadas de segurança particular. Já a indireta por indução tem como exemplo principal, as políticas públicas específicas da segurança.

Contudo, como reação da sociedade em face da insegurança surgiu à privatização da segurança. Esse fenômeno não tão novo começou, após o Estado falhar no controle efetivo da criminalidade. O aumento dos crimes e o medo da população fizeram com que a segurança se tornasse um “produto” oferecido pelo mercado. Isso pode ser notado através do nosso dia á dia, quando vamos a shoppings, supermercados, restaurantes, festas, bares, teatros, museus, exposições, praticamente tudo tem uma equipe de segurança privada.

Brasil e a Insegurança Pública:

A Segurança Pública no Brasil atualmente está decadente, sendo possível perceber vivendo uma situação de risco, ou também ver no dia a dia acompanhando os diversos meios de comunicação. O governo, muito preocupado com as eleições deste ano, e anteriormente com a copa, não parece ter nenhuma medida revolucionária, ou propriamente eficaz para resolver o problema. E com isso sofre a população que vive na insegurança, e o criminoso que não consegue ser reinserido na sociedade.

A partir dessa explicação, é possível encontrar os quatro principais problemas que afetam diretamente na criminalidade que são: O pouco investimento no sistema educacional brasileiro, o sistema carcerário falho, a atuação com abuso de poder das polícias e a omissão do Estado.

O pouco investimento na educação resulta em uma baixa qualidade do ensino principalmente o público, o que gera menos oportunidades de um futuro melhor, para a grande parcela da população que não tem condição financeira de pagar um colégio particular. Isso pode ser demonstrado por três pesquisas. A primeira noticiada pelo site IG, em 2014, afirmando que de acordo com a Organização para a Cooperação de Desenvolvimento Econômico, conhecida como OCDE, o Brasil investe apenas um terço do valor que é investido pelos países mais desenvolvidos. Assim enquanto o Brasil gasta em torno de R$6.745 por aluno no quesito educação, os países que fazem parte da OCDE gastam R$ 20.230. A segunda noticiada por dois sites, o IG publicado em 2011, que aponta a pesquisa feita pelo Ibope mostrando que somente 38% das pessoas que cursaram o ensino médio são alfabetizadas plenamente. A outra pesquisa foi noticiada pelo site educação UOL, mostrando os dados da Prova Brasil realizada em 2011, a mesma indicou que os alunos da rede privada com menos anos de estudo tem maior conhecimento que os alunos do ensino público.

Visando reverter esse quadro educacional caótico o governo criou três programas de inclusão de estudantes no ensino superior o, Sisu, Fies e o Prouni. Segundo o site educação UOL, o Sisu é quando a instituição de ensino superior

pública aceita a nota do Enem como forma de ingresso na universidade; O Fies, é um financiamento das parcelas da faculdade particular; e o Prouni é um programa que atende alunos de baixa renda que estudaram o ensino médio em escola pública, ou como bolsista na particular, oferecendo de acordo com a pontuação feita no Enem bolsas integrais ou parciais em diversas instituições de ensino superior.

Todavia, as medidas paliativas expostas acima não resolvem o problema, pois é necessária interferência direta na estrutura do ensino, incluindo, como por exemplo, professores e material didático de alto nível, lugar acessível, cobrança da parte do colégio público, e a exclusão do método de aprovação automática.

O segundo problema a ser explanado é o do sistema carcerário decadente. Os maiores desafios nesse caso são: atingir a finalidade da cadeia como recuperação e ressocialização do preso na sociedade e o número de presos na maioria das vezes excedente ao número comportado pela prisão.

Sabe-se hoje que dificilmente a cadeia recupera algum indivíduo, e sim acaba tornando-se uma escola, a qual o criminoso que cometeu um crime de menor potencial ofensivo aprende com aquele que cometeu crimes mais graves. Tudo isso é demonstrado pelo aumento do número de detentos reincidentes, segundo pesquisa do Informe Regional de Desenvolvimento Humano de 2013 á 2014, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, a taxa de reincidência é uma das maiores se comparada com outros países da América Latina que também foram pesquisados. Enquanto o Brasil tem 47,7% de criminosos homens que voltam a cometer crimes, e 30,1% de mulheres, o Peru tem respectivamente 15,8% e 10,1%.

E nessa problemática temos dois pontos cruciais, a cadeia que não atinge seu fim de recuperar o preso, que volta a cometer o crime, e a sociedade que não cede uma segunda chance quando o mesmo já cumpriu sua pena. Desta forma, duas medidas que poderiam ajudar a resolver o problema são: o agrupamento dos presos em cada cela determinado pelos crimes que cometeram, como por exemplo, teria a cela dos que cometeram o crime de furto, outra para roubo. Então, por exemplo, evita-se o convívio do preso que cometeu um crime de furto com o outro, o qual praticou homicídio ou estupro, que são considerados crimes mais graves; mais estímulo da parte do governo para que empresas contratem os ex- detentos, e

também que o próprio Estado dê o exemplo deixando a pessoa trabalhar em órgãos públicos. Esse estímulo para as empresas pode ser feito de diversas maneiras, como por exemplo, incentivo fiscal, concursos e prêmios para quem cumprir a medida de forma correta, entre outras possibilidades. Todavia, além da implantação das medidas expostas acima, deve haver a fiscalização para saber se o que foi estabelecido está sendo cumprido, e também penalidade caso esteja em desacordo com o que foi determinado.

Outro problema listado é o abuso de poder cometido pelas autoridades policiais. Isso é fato, e a população também está ciente que acontece. Em uma pesquisa realizada em 2010 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, IPEA, a qual perguntava se a polícia respeitava os direitos dos cidadãos e a lei, 63,2% das pessoas questionadas responderam que não. Assim, o uso do poder de forma abusiva pelas autoridades coatoras é um problema que gera consequências diretas sofridas pela população e pelo criminoso. Na sociedade, pois a mesma sente medo e insegurança, o que acarreta na desconfiança no serviço de segurança que a polícia pode oferecer. No criminoso, pois seus direitos de pessoa humana podem ser desrespeitados a níveis surpreendentes, em alguns casos chegando até a morte por execução da própria autoridade. Lembrando que as autoridades policiais deveriam cumprir a lei e aplica-la da forma correta. A solução nesse caso poderia ser a fiscalização específica na atuação das polícias e aplicação de penalidades para aqueles que desobedecessem a Lei, evitando desta forma a corrupção e as milícias.

E por último a problemática do Estado, suas omissões e responsabilidades na segurança pública. Segundo Aston Nadruz (2010):

> A omissão do Estado no tocante à segurança pública, se devidamente configurada, pode ensejar a responsabilização do ente federado responsável do dano, uma vez que o Art.37, §6° da CF/88 determina que as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. É uma responsabilidade objetiva, de assunção pelo Estado dos riscos decorrentes de seus serviços, ou seja, configura-la basta se demonstrar o nexo de causalidade entre atividade da Administração e o dano, sendo desnecessária a prova de culpa ou dolo dos agentes públicos.

Nesse sentido, é importante ressaltar que a responsabilidade do Estado que o autor se refere é objetiva, ou seja, independe de culpa ou dolo só é necessária à relação do nexo causal. No intuito de demonstrar como acontece a omissão do Estado, e por consequência, sua responsabilidade segue abaixo algumas jurisprudências retiradas do site JusBrasil:

> APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO AÇÃO CIVIL PÚBLICA OMISSÃO DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAR SEGURANÇA PÚBLICA. Ausência de delegado de polícia, número insuficiente de escrivães e investigadores de polícia, bem como deficiência de equipamentos nas delegacias de polícia dos municípios de Alto Piquiri e Brasilândia do Sul efetivo policial insuficiente para a segurança dos referidos municípios. Sentença parcialmente procedente com cominação de multa diária. Direito de segurança previsto constitucionalmente como garantia fundamental social. Legitimidade do Ministério Público para ingressar com ação civil pública para a defesa de direitos difusos. Não cabimento de Adin por Omissão para a defesa de normas de eficácia limitada e imediata. Dano evidenciado nos autos, responsabilidade exclusiva do Estado na prestação de serviços de segurança pública. Ausência de comprovação de razoabilidade da pretensão. Impossibilidade de aplicação da teoria da reserva do possível. Direito à segurança que compõe o rol das garantias ao mínimo existencial. O descumprimento das políticas públicas definidas em sede constitucional legitima a intervenção do Poder Judiciário. Ausência de discricionariedade da Administração Pública no cumprimento de preceitos fundamentais. Princípio da Separação de poderes não pode ser usado como escudo para justificar Omissão do Estado frente aos deveres constitucionais. Possibilidade de cominação de multa diária- Sentença mantida em sede de reexame necessário. Recuso de apelação conhecido e desprovido.

> b) AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. REDUÇÃO DO VALOR FIXADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ NA HIPÓTESE. PRECEDENTES. ESTABELECIMENTO ESCOLAR. ALUNO. FALECIMENTO. MENOR ATINGIDA POR BALA PERDIDA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO. DEVER DE VIGILÂNCIA. NEXO CAUSAL PRESENTE. I - Incide, na hipótese, o óbice sumular 7/STJ no tocante ao pedido de revisão do valor fixado pela instância ordinária a título de danos morais: 200.000,00 (duzentos mil reais) relativo ao falecimento da menor atingida por bala perdida no pátio da escola, pois, na hipótese, o mesmo não se caracteriza como ínfimo ou excessivo a possibilitar a intervenção deste eg. STJ. Precedentes: RESP n.º 681.482/MG, Rel. p/ acórdão Min. LUIZ FUX, DJ de 30/05/2005; EDcl no REsp nº 537.687/MA, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ de 18/09/2006; AgRg no Ag nº 727.357/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 11/05/2006. II - O nexo causal, in casu, se verifica porque o

município tem o dever de guarda e vigilância, sendo responsável pelo estabelecimento escolar que, por sua vez, deve velar por seus alunos: ".o Poder Público, ao receber o menor estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física..." (RE nº 109.615-2/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 02/08/96). III - Presentes os pressupostos da responsabilidade subjetiva do **Estado**. Precedente análogo: REsp nº 819789/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 25/05/2006. IV - Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

TJ-PR - Apelação Cível AC 1663547 PR Apelação Cível 0166354-7 (TJ-PR)

Ementa**:** AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - APLICABILIDADE DO ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - OMISSÃO - EVENTO MORTE POR LATROCÍNIO - NEXO CAUSAL PRESENTE - INDENIZAÇÃO CABÍVEL - DANOS MATERIAIS EM VIRTUDE DO HOMICÍDIO (ART. 1537, INC. II, CÓD. CIVIL ANTERIOR) - PENSIONAMENTO DE 2/3 DE UM SALÁRIO MÍNIMO DEVIDO DESDE O EVENTO DANOSO ATÉ A IDADE EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 25 ANOS - ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE - DANO MORAL FIXADO AO 'ARBITRIUM BONI VIRI'- DISPENSÁVEL A PROVA DO SOFRIMENTO INTERIOR PELA PERDA DE UM FILHO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - REDUÇÃO - ART. 20, § 4º, DO CPC. 1) A responsabilidade civil do **Estado** decorre de preceito constitucional que adotou a teoria do risco administrativo pela ação ou **omissão** de seus agentes. 2) Ao teor do que dispõe a Súmula nº 37 do STJ, são cumuláveis as indenizações por dano material e moral. 3) Comprovado nos autos que o menor exercia atividade laborativa, a pensão mensal deve ser fixada em 2/3 do salário mínimo, tendo em vista ser este o entendimento jurisprudencial dominante. 4) Os honorários advocatícios devem ser arbitrados com base no artigo 20 , § 4º , e alíneas 'a' a 'c' do § 3º, do CPC , devendo ser reduzidos para 10% sobre o valor da condenação, englobando as prestações vencidas e doze das vincendas. Apelo do **Estado** provido, em parte, e confirmação, no mais, dos termos da sentença reexaminanda.

Casos Concretos e Dados da Violência:

De forma, a demonstrar a veracidade de tudo o que foi falado acima explicaremos alguns casos concretos que tiveram grande repercussão na imprensa e algumas pesquisas sobre a violência no país.

Caso Patrícia Acioli: Segundo o site G1, Patrícia era juíza na Vara Criminal de São Gonçalo-RJ, e em 2011, foi assassinada na porta de casa com vinte e um tiros. Ela atuava em processos em que os policiais militares do município eram réus, e prendeu vários que participavam de milícias e grupos de extermínio. O caso começou a ser julgado em 2012, e os onze policiais que participaram da execução foram condenados.

Caso Chacina em Campinas: Conforme o site notícias R7, no ano de 2014, onze pessoas foram mortas na região do Ouro Verde na cidade de Campinas- SP. Os suspeitos eram policiais militares e estavam de folga na noite da chacina, grande parte já está na penitenciária.

Caso Bernardo Boldrini: De acordo com o site G1, o menino morava com o pai e a madrasta em três passos- RS. No dia 04 de abril de 2014 foi o dia que Bernardo morreu. A família com quem ele morava foi considerada suspeita e os mesmos estão presos. Nesse meio tempo de investigação alguns dados importantes foram descobertos. Primeiro que Bernardo chegou a pedir ajuda na Vara da Criança e Juventude. Segundo, várias gravações demonstrando a antipatia da madrasta pelo o garoto apoiada pelo pai.

Caso Menor infrator: Consta no site G1, que o empresário Fábio Azevedo e sua namorada foram abordados em Ribeirão Preto- SP, por duas pessoas armadas, na frente do escritório em que ele trabalhava. Ele reagiu, e em uma luta corporal com o ladrão levou um tiro no peito e veio a falecer. Um dos autores do crime era menor de idade, possuía antecedentes criminais e foi encaminhado para a Fundação Casa.

Caso Os Justiceiros: Noticiado no site Globo Extra, um grupo de pessoas prenderam um rapaz suspeito de roubo no poste. Além disso, o suspeito foi

espancado pelos que auto se denominavam de ‘justiceiros’. O fato aconteceu na cidade do Rio de Janeiro.

Após o relato dos casos acima, percebemos que os problemas de abuso de poder, omissão do Estado, e baixo nível do sistema educacional, podem ser percebidos no dia a dia, vivendo situações e vendo as notícias atuais. E que os mesmos influenciam diretamente na segurança pública do país, portanto, se não resolver a base do problema, nosso sistema de segurança vai continuar a decair, proporcionando a sociedade mais insegurança e reações na forma do estado de natureza, ou seja, a famosa ’justiça com as próprias mãos’.

Como forma de comprovar a tese exposta temos alguns dados sobre a violência no Brasil. Primeiro de acordo com o jornal O Globo, uma pesquisa da ONU baseada no ano de 2012, apontou que o Brasil tem 11 das 30 cidades mais perigosas do mundo que são: Maceió; Fortaleza, João Pessoa, Natal, Salvador, Vitória, São Luís, Belém, Campina Grande, Nova Goiânia, Cuiabá. Além disso, outra pesquisa feita em 2012 pelo Sistema Nacional de Informação de Segurança Pública, SINESP, mostra os índices de determinados crimes em cada estado brasileiro, segue abaixo os lugares que tem o maior e o menor número de ocorrência em 4 tipos de crimes: Homicídio Doloso, Alagoas 2.023, Santa Catarina 595; Latrocínio, Alagoas 87, Espírito Santo 10; Lesão Corporal seguida de Morte, Mato Grosso 59, Goiás 6; Estupro, Rondônia 885, Acre 2.

Conclusão:

Desta forma, conclui-se que há como resolver a problemática no âmbito da Segurança Pública do país, entretanto, para tal feito é necessário investimento financeiro em medidas concretas que alterem a base real dos problemas apontados, como, educação de baixa qualidade, sistema carcerário decadente, omissão do Estado, e abuso de poder por parte das autoridades policiais. As medidas paliativas não tem um caráter definitivo, elas servem para auxiliar e não resolver de fato o problema. Portanto, se o governo desviasse menos dinheiro e investissem mais, os problemas poderiam ser resolvidos nos próximos anos, pouco a pouco com a mudança na raiz do problema, garantindo a toda sociedade, e as futuras gerações,

um país mais seguro. Contudo, opções de soluções são o que não faltam para chegar nessa revolução nas bases da educação, Estado, e penalidades. Todavia, sem interesse do governo, dificilmente há possibilidade de se concretizar. Assim, continuaremos nesse círculo vicioso, o qual, grande parte da população que não tem estudo, vota em governantes ruins, os mesmos não mudam a estrutura, e os problemas de fato não são resolvidos. Por fim, para começar a mudança há de se quebrar o círculo mencionado, e isso se faz, escolhendo melhores governantes para que eles possam investir na educação e começar a mudar a realidade do nosso país. Isso, você eleitor tem o poder de fazer em cada eleição. Faça uma escolha consciente.

Referências:

ADRIAN, Nelson. Max Weber e o Conceito de Estado. 2012. Disponível em: http://www.primeiroconceito.com.br/site/?p=1594

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização de direitos humanos. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos /textos/politicapublica/mariadallari.htm

BRANDÃO, Priscila Carlos; CEPIK, Marco. Inteligência de segurança pública- Teoria e prática no controle da criminalidade. Niterói- RJ: Impetus 2013.

BRASIL, Presidência da República. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html

CUDOLÁ, Vicenç Aguado. Derecho de La seguridad pública y privada. Cizur Menor: Aranzadi, 2007. 233p.

DE LIMA, Renato Sérgio. Entre palavras e números, violência e segurança pública no Brasil. São Paulo: Alameda 2011.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. Segurança Pública- Fundamentos jurídicos para uma abordagem Constitucional. São Paulo: Atlas S.A 2014

FAUSTO, Boris. História do Brasil. 13° Ed. São Paulo: Universidade de São Paulo. 2008.

FILOCRE, Lincoln, D'Aquino. Direito de segurança pública- Limites jurídicos para políticas de segurança pública. São Paulo: Almedina 2011.

GLOBO, Extra. Adolescente atacado por grupo de 'justiceiros' é preso a um poste por uma trava de bicicleta, no Flamengo. 2014. Disponível em: http://extra.globo.com/noticias/rio/adolescente-atacado-por-grupo-de-justiceiros-preso-um-poste-por-uma-trava-de-bicicleta-no-flamengo-11485258.html

GLOBO, G1. Jovem é amarrado a poste e agredido após assaltar em Itajaí. 2014. Disponível em: http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2014/02/jovem-e-amarrado-poste-e-agredido-apos-assaltar-lanchonete-em-itajai.html

GLOBO, G1. Em Ribeirão Preto, menor é detido por matar empresário durante assalto. 2014. Disponível em: http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/ 2014/04/menor-e-detido-por-matar-empresario-durante-assalto-em-ribeirao-preto. html

GLOBO, G1. Nove Pms condenados pela morte de juíza Patrícia Acioli, são expulsos. 2014. Disponível em: http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia /2014/ 09/ nove-pms-condenados-por-morte-de-juiza-patricia-acioli-sao-expulsos.html

GLOBO, G1. Rio Grande do Sul, Bernardo morreu dia 04 de abril de forma violenta. .2014. Disponível em: http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do sul/noticia/ 2014/ 04/ bernardo morreu-dia-4-de-abril-de-forma-violenta-diz-atestado-de-obito.html

GLOBO, O globo. Brasil tem 11 das 30 cidades mais violentas do mundo diz ONU. 2014. Disponível em: http://oglobo.globo.com/brasil/brasil-tem-11-das-30-cidades-mais-violentas-do-mundo-diz-onu-12151395

GOMES, Luiz, Flávio. Suécia e Holanda fecham prisões. Brasil fecha escolas e abre presídios. 2014. Disponível em: http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos /121932808/suecia-e-holanda-fecham-prisoes-brasil-fecha-escolas-e-abre-presidios

HOFFE, Otfried. Justiça Política. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo. Martins Fontes. 2006.

IG, Último segundo. Alunos terminam ensino médio sem aprender. 2011. Disponível em: http://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/alunos+terminam+ensino+medio+sem+aprender/n1238097714540.html

IG, Último segundo. Gasto por aluno no Brasil é um terço do investido pelos países desenvolvidos. 2014. Disponível em: http://ultimosegundo.ig.com.br/educação/2014-09-09/gasto-por-aluno-no-brasil-e-um-terco-do-investido-pelos-paises-desenvolvidos.html

IPEA, Governo. 2010. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/desafios/ index.php?option= com_content&view=article&id=2645:catid=28&Itemid=23

JUSBRASIL, TJ. Jurisprudência. 2012. Disponível em: http://tj pr.jusbrasil.com.br/ jurisprudencia/21358346/1114016-pr-111401-6-acordao-tjpr

JUSBRASIL, STJ. Jurisprudência. 2007. Disponível em: http://stj.jusbrasil.com.br/ jurisprudencia/605485/recurso-especial-resp-893441-rj-2006-0221875-6

JUSBRASIL, Artigos. Causas prováveis do aumento da criminalidade no país. 2012. Disponível em: http://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823048/causas-provaveis-do-aumento-da-criminalidade-no-pais

KOSHIBA, Luiz; PEREIRA, Denise Manzi Frayze. História Geral e Brasil. 1° Ed. São Paulo: Atual 2004.

LUHMANN, Niklas. Sociologia del rischio. Milão. Bruno Mondadori: 1996.

MELLO, Rui César. O papel da polícia militar na segurança pública e as garantias fundamentais do indivíduo. São Paulo. 2000.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30 Ed. Atlas. 2013.

NADRUZ, Aston. Responsabilidade civil do Estado pela omissão no tocante á segurança pública. Disponível em: http://depaulaenadruz.com.br/dpnz/a-responsabilidade-civil-do-estado-pela-omissao-no-tocante-a-seguranca-publica/

PONTUAL, Helena Daltro. Constituições Brasileiras. Disponível em: http://www12.senado.gov.br

RODRIGUES, Maysa. Revista de Sociologia. Estado em Questão. Disponível em: http://www.sociologiacienciaevida.uol.com.br

R7, Notícias. Em Campinas PMs detidos suspeitos de participar de chacina são transferidos. 2014. Disponível em: http://noticias.r7.com/sao-paulo/pms-detidos-suspeitos-de-participar-de-chacina-em-campinas-sao-transferidos-para-presidio-militar-em-sp-30012014

SANTIN, Valter Foleto. Controle judicial da segurança pública- eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2004.

SINESP, Gov. Estatísticas Públicas. De 2009 á 2012. Disponível em: https://www. sinesp. gov. br/estatisticas-publicas

SULOCKI, Victoria Amália de Barros Carvalho G. Segurança pública e democracia- Aspectos Constitucionais das políticas públicas de segurança. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2007.

UOL, Notícias. Primeiro trimestre de 2013 é considerado o mais violento em três anos. Disponível em: http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/ 04/ 25/primeiro-trimestre-de-2013-e-o-mais-violento-em-3-anos-no-estado-de-sao-paulo-capital-lidera.htm

UOL, Educação. Aluno da escola pública sai sabendo menos que o estudante do fundamental da particular. 2012. Disponível em: http://educacao.uol. com.br/noticias /2012/08/16/aluno-da-escola-publica-sai-do-medio-sabendo-menos-que-estudante-do-fundamental-da-particular.htm

UOL, educação. Entenda a diferença entre Sisu, Fies e Prouni. 2013. Disponível em: http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/01/16/entenda-a-diferenca-entre-sisu-prouni-e-fies.htm

UOL, Noticias. Rapaz suspeito de furto é amarrado ao poste e apanha com fios. 2014. Disponível em: http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/ 2014/ 04/ 22/em-mg-rapaz-suspeito-de-furto-e-amarrado-ao-poste-e-apanha-com-fios.html

Desenvolvimento, Humano. Informe Regional de Desenvolvimento humano de 2013 á 2014. Disponível em: http://www.latinamerica.undp.org, ou http://hdr.undp.org /sites/default/files/citizen_security_with_a_human_face_-executivesummary.pdf

Idp MESTRADO

O ÁLIBI CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA PÚBLICA

THE CONSTITUCIONAL ALIBI OF PUBLIC SECURITY

Joel Cordeiro Raphael[14]
DOI 10.11117/9788565604505.03

Resumo: A Carta Constitucional de 1988 não alterou substancialmente o quadro da segurança pública brasileira; pelo contrário, repetiu a vinculação da segurança urbana ao arcabouço das Forças Armadas, manteve expressões sem uma conceituação específica, bem como conservou a estrutura constitucional da Segurança Pública misturada com a da Defesa Nacional, ao atribuir a esses dois sistemas o mesmo objetivo: a preservação da ordem pública, aos moldes da Constituição de 1967, do regime militar. A construção do texto constitucional de 1988 na Assembleia Constituinte revela, portanto, a ausência de um processo de redemocratização do tema, demonstrando que os seus dispositivos, especificamente os referentes à segurança pública, são evocados para manter as estruturas do poder.

Palavras-Chaves: Constituição; Polícia Militar; Segurança Pública; Forças Armadas

Abstract: The Constitutional Charter of 1988 did not substantially alter the framework of the Brazilian public safety; by contrast, repeated linking of urban security to the infrastructure of the Armed Forces, kept expressions without a specific conceptualization and retained the constitutional structure of the Public Security blended with National Defence, to imply that these two systems the same goal: the preservation public order, to mold the Constitution of 1967, the military regime. The construction of the 1988 Constitution in the Constituent Assembly reveals, therefore, the absence of a process of democratization of the subject, demonstrating their devices, specifically those concerning public security, are evoked to maintain power structures.

---

14 Estudante de Direito.

Key Words: Constitution; Military Police; Public Security; Armed Force

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é lançar luzes sobre a construção constitucional de 1988, especialmente sobre os dispositivos referentes à segurança pública, os quais reconfiguraram o arcabouço da Segurança Pública no texto constitucional de modo misturado e interseccionado com a estrutura da Defesa Nacional, aos moldes da Carta de 1967, do regime militar, conservando a ausência de um sistema constitucional de Segurança Pública condizente com a estatura da atual Constituição Cidadã.

Para isso: resgatar-se-ão os dispositivos constitucionais da Constituição de 1967, do regime militar, quanto ao tema da Segurança Pública, bem como a importância da Grande Reforma Policial (1); apresentar-se-á o contexto da Assembleia Constituinte instalada no governo do Presidente da República José Sarney, um dos responsáveis pela transição democrática brasileira, para tornar claras as relações civis-militares no campo político (2); e, por fim, reunir-se-ão as perspectivas legislativas, jurídicas e políticas - levantadas nos dois primeiros tópicos – para evidenciar os fundamentos sobre os quais o Sistema de Segurança Pública fora consolidado na Carta Constitucional de 1988, demonstrando que o texto constitucional, especificamente quanto ao papel das policiais militares e das Forças Armadas, fora construído para a preservação do poder até então vigente. Desse modo, por fim, verificar-se-á que ao invés de a Carta Constitucional de 1988, denominada de Constituição Cidadã, ter sido uma Carta Paradigmática da Segurança Pública, ela reproduziu um sistema misto e híbrido entre as atividades das Forças Armadas e das Policias Militares, transversalizando, portanto, os dispositivos da Defesa Nacional e da Segurança Pública, o que acabou por configurar em uma ausência de uma adequada sistematização constitucional de Segurança Pública, um dos baluartes do Estado Democrático de Direito (3).

1. Apresentação dos dispositivos constitucionais referentes à Segurança Pública na Constituição de 1967 e de 1988

Inicialmente, frisa-se que a apresentação dos dispositivos da Constituição de 1967 referentes à segurança pública tem o intuito de ser um marco teórico de comparação com o atual sistema preconizado na Carta de 1988. Nesse sentido, este primeiro tópico visa à apresentação de tais dispositivos, bem como à exposição do contexto da Grande Reforma Policial, para demonstrar a ausência de transição democrática no que se refere ao Sistema de Segurança Pública no Brasil.

Em 1964, o golpe militar derrubou o presidente João Goulart, bem como fechou os partidos e organizações estudantis, causando, assim, uma grande turbulência política. Nas décadas de 60, os fatores industriais e tecnológicos avançavam ao mesmo tempo em que crescia exponencialmente a urbanização.

Os estudos criminológicos apontam para a década de setenta como um marco temporal decisivo nos padrões sociais, de modo a se distinguir um antes e um depois. É nesse contexto de agravamento das tensões políticas interna que se implantou um novo modelo de segurança pública, a chamada Grande Reforma Policial[15], nome atribuído ao:

> (...) movimento em favor de mudanças institucionais deflagrado naquele triênio [1967/68/69], que constituiu basicamente na quebra do pluralismo policial e consequente absorção de corporações policiais civis (Guarda Civil, Corpo de Fiscais de Trânsito) pelas polícias militares, às quais, por sua vez, se deu exclusivamente para o exercício do policiamento ostensivo fardado.[16] (grifei)

Tal implantação do novo modelo iniciou-se com o advento da edição do Decreto-Lei 317, de 13 de março de 1967, e com a outorga da Constituição de 1967 de janeiro do mesmo ano. Tal decreto-lei reorganizou as polícias militares e incluiu os corpos de bombeiros militares no âmbito da segurança pública[17]. Esse novo sistema policial foi caracterizado por uma elevada concentração de poder e por uma

---

15 ESPÍRITO SANTO, Lúcio Emílio; MEIRELES, Amauri. “Entendendo a nossa insegurança”. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Policiologia, 2003, p.180.
16 Idem, p. 179
17 Os órgãos de polícia administrativa não aparecem no bojo do Decreto-Lei 317

orientação vertical[18], na medida em que toda a atividade ostensiva fardada ficou a cargo da Polícia Militar e toda atividade cartorial, burocrática, de investigação e de identificação de autoria de delitos, ficou com a Polícia Civil[19].

Desse modo, toda e qualquer atividade de policiamento ostensivo ficava sob a égide das policiais militares, o que permitia o surgimento de vários batalhões especializados de dentro delas, provocando, portanto, a ampliação de competência das Polícias Militares. Reflexo disso foi a assunção de competência e de gerenciamento pela polícia militar das atividades de fiscalização de transito, fiscalização lacustre, patrulhamento rodoviário, ou ainda, policiamento florestal.

Espírito Santo e Meireles lembram que:

> As mudanças impostas pelo regime militar, depois de alguma resistência e desconfiança, natural ao clima então reinante do país, foram aos poucos conquistando a adesão dos dirigentes da organização (...). De fato, durante quase todo o período republicano, pelas razoes já expostas, a polícia militar não tinha uma identidade definida – nos períodos de agitação política atuava como forca de repressão, dando-se a hipertrofia de seu aspecto militar; nos período mais calmos, era às vezes lançada no policiamento, sem que isso significasse sua desmobilização bélico-militar.[20]

A urbanização e o aumento da criminalidade fizeram com que fosse consolidada a Grande Reforma Policial, na medida em que os diversos órgãos estatais - responsáveis pelas atividades complexas e variadas que o Estado dispusera para a população, visando protegê-la contra os diversos delitos em todas as suas nuances, garantindo, em consequência, a ordem pública - ficavam sob a égide castrense, sobretudo sob a égide da polícia militar. Desse modo, a partir do ano 1979, observou-se a fase da consolidação da Grande Reforma Policial - "ocasião em que a chamada „violência urbana‟ apresenta contornos preocupantes, e vai até 1988, ano em que é promulgada a nova Constituição brasileira"[21]. Com a promulgação da Constituição de 1988, a Grande Reforma Policial apresentou uma

---

18 ESPÍRITO SANTO, Lúcio Emílio; MEIRELES, Amauri. "Entendendo a nossa insegurança". Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Policiologia, 200, p. 182.
19 Idem, ibidem.
20 ESPÍRITO SANTO, Lúcio Emílio; MEIRELES, Amauri. "Entendendo a nossa insegurança". Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Policiologia, 200, p 192.
21 Idem, p. 181.

fase de exaustão desse modelo que foi progressivamente evidenciando a não-compatibilidade dessas absorções de competências pelas polícias militares estaduais em relação às novas demandas sociais modernas.

Nota-se, por exemplo, que os Corpos de Bombeiros até 1967, portanto, antes do regime militar, eram instituições civis. Com o advento da fase autoritária brasileira, de 1967 a 1985, assim como a chegada da Grande Reforma Policial, o texto constitucional de 1967 acabou por militarizar tal órgão, uma vez que, entre outros motivos, era nítida a inapropriação da absorção das atividades típicas de defesa civil pelas polícias militares,. Posteriormente, com o fim do regime militar e com a promulgação da Constituição de 1988, os Corpos de Bombeiro ao invés de retornarem ao status quo, permaneceram com a mesma natureza militar que o antigo regime havia imposto a eles, mantendo o órgão de defesa civil como uma forca auxiliar e reserva do Exército.

Diferentemente dos Corpos de Bombeiros é a noção de militarização das polícias militares, o fato de elas deterem a característica militar em sua estrutura não se consubstanciou no regime militar, pelo contrário, a sua natureza militar já era destinada, por exemplo, desde a Carta Constitucional de 1934. Portanto, não soa como correto afirmar que a fase ditatorial brasileira, iniciada em 1964, militarizou tais polícias.

A Constituição de 1967 havia atribuído à União, por meio do Art. 8º, inciso IV, a incumbência de organizar as Forças Armadas, bem como planejar e garantir a segurança nacional. No capítulo III - "Da Competência dos Estados e Municípios" –, inserido no Título "da Organização Nacional", o §4º, do Art. 13, asseverou:

> § 4º - As polícias militares, instituídas para a manutenção da ordem e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, e os corpos de bombeiros militares são considerados forças auxiliares reserva do Exército, não podendo os respectivos integrantes perceber retribuição superior à fixada para o correspondente posto ou graduação do Exército, absorvidas por ocasião dos futuros aumentos, as diferenças a mais, acaso existentes. (grifei)

Com o fim do regime militar, a Carta de 1988 reaplicou o controle e a supervisão das polícias ostensivas estaduais ao ideário militar, especificamente ao Exército Brasileiro. Por consequência, a preparação e a formação dos policiais, que deveriam estar pautados na busca da segurança interna, acabaram se configurando como mecanismos de controle das Forças Armadas e do Governo Central, ou seja, de controle interno/externo, evidenciando mais o caráter da Mobilização Nacional (que pode ocorrer esporadicamente) do que o do policiamento urbano. Os objetivos das Forças Armadas moldados no combate ao inimigo externo ou à agressão estrangeira foram ressignificados, o que fez com que o sistema repressivo acabasse ganhando notoriedade ao nortear o sistema policial no lugar do sistema preventivo. Frisa-se, contudo, que enaltecer o fundamento preventivo das atividades policiais não significa que as polícias militares não teriam subsídios repressivos para o controle à criminalidade, mas traduz-se a relevância de um sistema policial que combata às verdadeiras causas dos fenômenos criminais, e não apenas os seus reflexos.

Com efeito, a Constituição de 1988 estabeleceu a preservação da ordem pública como sendo uma típica finalidade, tanto das Forças Armadas, quanto das Polícias Militares. Desse modo, ao mesmo tempo em que os institutos “Estado de Defesa” e “Intervenção Federal” – que são exercidas pelo emprego das Forças Armadas - visavam à preservação da ordem pública, as policias militares também objetivava tal preservação da ordem[22] . Além disso, a Carta Magna entregou privativamente à União a competência para legislar sobre normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares (Art. 22, XXIII). Por outro ângulo, entregou aos Estados e ao Distrito Federal a competência para legislar sobre a organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis. Ademais, a Carta Federativa atribuiu a tarefa do policiamento ostensivo às polícias militares, impossibilitando a elas qualquer tipo de registro de ocorrência que poderia ser constatada em sua própria atividade, uma vez que tal Carta Constitucional consolidou uma outra polícia, de natureza civil, destinada basicamente aos registros

22 Art. 136, da CF/1988; Art. 34, da CF/1988; e Art. 144, da CF/1988.

de ocorrências, às autuações de flagrante delito, bem como ao desenvolvimento dos inquéritos policiais, quebrando com nitidez o ciclo completo de polícia.

A Carta Magna de 1988 assevera da seguinte maneira:

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
>
> XXI - **normas gerais de organização**, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização **das polícias militares e corpos de bombeiros militares**;
>
> (...)
>
> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> XVI - **organização**, garantias, direitos e deveres das **polícias civis**.
>
> (...)
>
> Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são **militares dos Estados**, do Distrito Federal e dos Territórios.
>
> § 5º - às **polícias militares** cabem a polícia ostensiva e a preservação da **ordem pública**; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.
>
> § 6º - As polícias militares e **corpos de bombeiros militares**, forças **auxiliares e reserva** do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (grifei)

Assim, observa-se que os dispositivos constitucionais referentes à Segurança Pública de 1988 sofreram nítida influência dos já preconizados na Carta Constitucional de 1967. Houve, portanto, uma recapitulação, ou ainda, uma repetição do texto constitucional, demonstrando que não houve praticamente nenhuma alteração significativa no desenho constitucional. Houve, contudo, uma inovação, a qual ampliou a competência de requisição das Forças Armadas pelos Poderes Judiciário e Legislativos.

Ademais, ao fixar o mesmo objetivo da preservação da ordem pública, tanto às Polícias Militares, quanto às Forças Armadas, sem uma delimitação clara, precisa e objetiva, a Constituição de 1988 acabou por gerar uma desordenada bagunça conceitual que provocou nitidamente um desvirtuamento das funções legítimas de violência do Estado brasileiro na promoção da segurança pública, na medida em que possibilitou aos governantes a utilização de uma discricionariedade específica para solicitar ora as Policias Militares, ora as Forças Armadas, para atuarem nos centros

urbanos com vistas à preservação da ordem pública, sem um critério constitucional robusto.

2. O cenário sócio-político no governo de José Sarney de Araújo Costa (1985-1989) e a Assembleia Constituinte

Ao comparar os dispositivos das duas Cartas Constitucionais de 1967 e de 1988, constata-se que não houve alteração significativa do sistema de segurança pública. Desse modo, este segundo tópico tem o intuito de expor as relações entre os civis e militares em diversos campos políticos, para cristalizar o cenário da atividade legislativa em relação ao anteprojeto constitucional, especialmente em relação à Comissão responsável pela discussão do tema.

Com o declínio do regime militar, cabia ao então presidente Sarney a tarefa de promover, juntamente com as Casas Políticas, um cenário adequado para a elaboração do texto constitucional que atendesse, tanto às aspirações da sociedade, quanto às novas configurações político-democráticas. Entretanto, José Sarney, presidente do Partido Democrático Social (PDS), defendia alguns nomes indicados à Presidência da República, bem como preconizava eleições internas para o novo presidente, rechaçando qualquer medida para o êxito das Diretas Já!. Tal postura resultou, por um processo político específico, bem como pela morte de Tancredo Neves, a assunção de Sarney ao poder em 15 de março de 1985.

Inicialmente, percebe-se que o seu governo manteve a conformação ministerial militar do ex-presidente[23], mas rearranjou os demais ministérios direcionando-os a permanecer em uma política conservadora. Nos primeiros meses de seu governo, diante das mudanças ministeriais, cabe destacar, de imediato, a alteração do Ministério da Fazenda. Tal alteração representava uma grande modificação da postura quanto à forma de se conduzir a economia brasileira. A preocupação dessa troca era por que o quadro econômico só agravava com a onda inflacionária herdada dos anos anteriores, o poder aquisitivo estava cada vez mais reduzido e as instituições governamentais poderiam se abalar diante da possibilidade de recessão. A questão era que a mudança do quadro econômico

23 Seis ministros militares, a saber, no Ministério do Exército, no Ministério da Aeronáutica, no Ministério da Marinha, na Casa Militar, no Estado Maior das Forças Armadas (EMFA) e no Serviço Nacional de Informação (SNI)

mudaria não apenas influenciado por economistas, parlamentares ou consultores. As novas configurações governamentais prevaleceriam pelo apoio de verdadeiros instrumentos de pressão: os militares. Dessa forma, observava-se que atuação militar foi significativa[24] para o apoio da troca ministerial. "Todos acreditaram que com a chegada de um governo predominantemente civil tudo iria bem e os militares não falariam mais de assuntos da estrita competência dos políticos"[25]. Entretanto, o que se observou foi justamente a influência militar nos debates políticos da economia[26].

Independentemente de qual fosse o plano econômico acolhido pela política brasileira ou quais rumos a economia deveria tomar, o que se resgata aqui é a noção de que os militares estavam ainda presentes, em vários momentos da política brasileira, não como defensores da soberania nacional ou defesa estratégica do Estado, mas como personagens significativos do processo social, econômico, político, democrático e constitucional.

É possível entender a confluência de alguns pontos do regime militar ao novo regime, uma vez que os fenômenos sociais não são isolados em si. Todo o processo de transição traz consigo elementos da fase anterior para a posterior, fases que se recobrem e se interpõem. As visões de que rupturas de paradigmas são estanques e fechadas não traduzem a complexidade do processo histórico.

Entre outras medidas de acomodação das forças militares ao governo, destacou-se a confirmação pelo presidente de que os militares podiam ter vozes nos debates políticos. Havia uma imprecisão quanto ao fato de os militares poderem ou não se imiscuir em assuntos políticos, já que a administração do país desenvolvida pelo regime militar já havia se encerrado. Diante dessas incertezas, Sarney revogou a proibição a que estavam submetidos os militares da reserva de se manifestarem sobre tais assuntos políticos[27]. Tal revogação da proibição se deu no contexto da

---

24 "Choque em duas frentes – a alteração do comando econômico, com a saída de Dornelles, e a inquietação nas Forças Armadas começam a mudar o governo de Sarney". Revista Veja, São Paulo, p. 36-37, 4 de setembro de 1985.
25 Idem, p. 37.
26 "Choque em duas frentes – a alteração do comando econômico, com a saída de Dornelles, e a inquietação nas Forças Armadas começam a mudar o governo de Sarney". Revista Veja, São Paulo, p. 36-37, 4 de setembro de 1985.
27 Direito a voz- Sarney revoga proibição que não funcionava. Revista Veja, São Paulo, p. 46-

greve dos metalúrgicos do Arsenal da Marinha. Os grevistas e familiares, todos civis, reivindicavam melhorias trabalhistas e salariais, mas tais reivindicações não entraram na pauta ministerial do Trabalho. Já que o Ministério do Trabalho foi omisso no trato das demandas dos grevistas, resultou que a Marinha, por intermédio do almirante Henrique Sabóia, preocupou-se com a greve até o ponto de negociar com a Central Única dos Trabalhadores (CUT). Assim, a greve do Arsenal da Marinha foi interpretada inadequadamente como uma luta entra a Marinha e a CUT, enquanto deveria ter sido vista como um embate entre o Ministério do Trabalho e o sindicato, apontando um fenômeno social, político e trabalhista a ser balizado pelo governo civil[28]. O ministro Sabóia (ministro militar), então, legitimado pelo direito de voz nos assuntos políticos, "considerou a greve ilegal e demitiu cerca de cem grevistas"[29], com assentimento de Sarney[30].

Pontua-se também o papel do Ministro da Justiça, Fernando Lyra[31], no cenário de reformas ministeriais de Sarney. Lyra atuou significativamente na desconstrução da lei da censura. Foi pela interferência do ministro, entre outros fatores, que a proibição de divulgações de certos conteúdos nos meios oficiais de comunicação desmoronou. O Brasil se viu livre da censura. Mesmo assim, Sarney – que não tinha a mesma compatibilidade ideológica do ministro – anunciou, por intermédio do próprio ministro Lyra, a censura do filme "Je vous salue, Marie", aviltando o prestígio das atividades do Ministério da Justiça. Lembra ainda o autor que, em 21 de janeiro, Lyra entregou a Sarney a Lei de Defesa do Estado, como substituto da Lei de Segurança Nacional (LSN), a qual foi elaborada no regime ditatorial. O projeto foi ignorado por Sarney, que afastou Lyra do cargo de Ministro da Justiça. Desse modo, o ajustamento ministerial foi se caracterizando pela diminuição da presença do PMDB, em termos de gerência orçamentária e estratégia

---

47, 18 de dezembro de 1985.
28 ZAVERUCHA, Jorge. Rumor de Sabres: tutela militar ou controle civil?. São Paulo: Ed. Ática, 1994. p. 175.
29 Idem, ibidem.
30 Idem, ibidem.
31 Fernando Lyra era defensor das Eleições Diretas, além de ter sido nomeado ao cargo de Ministro da Justiça por Tancredo Neves.

de governo, fazendo com que Sarney, em pouco tempo, reorganizasse as forças conservadoras na condução do país[32].

Posteriormente, em setembro de 1986, Sarney editou o Decreto nº 91.450, o qual criava a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais - conhecida por Comissão Affonso Arinos – para pensar os diversos temas inerentes à formação estratégica, política e administrativa do Estado.

No que tange à Defesa Nacional e à Segurança Pública, os dispositivos do Anteprojeto limitavam o Poder Executivo quanto à gerência das Forças Armadas, de modo a elaborar um controle civil sobre os militares, além de entregar ao Congresso e ao Presidente a competência de fixar e delimitar o efetivo das Forças Armadas[33]. O Anteprojeto subordinava a Polícia diretamente ao Executivo, conferindo o exercício da ostensividade à polícia civil, e ainda podendo uniformizá-la posteriormente[34]. Diante do país continental e das diversidades sócios-econômico-territoriais, os estudos constitucionais abriram as possiblidades de configuração da segurança pública nacional, viabilizando, por exemplo, o surgimento de uma polícia militar, quando fossem insuficientes os agentes uniformizados da polícia civil no controle à criminalidade. Contudo, mesmo prevendo um eventual surgimento de uma polícia militar, caso a força civil não atendesse as demandas da segurança, os dispositivos a vinculavam diretamente ao Poder Executivo, não colocando as Forças Armadas na sua administração, gerência, supervisão e controle, como fez a Carta de 88. Entretanto, preferiu-se não apreciar o anteprojeto, optando-se por redigir o texto constitucional a partir de propostas apresentadas por comissões e subcomissões já esculpidas no Congresso Nacional[35]. Desse modo, tal Anteprojeto nem foi enviado à Assembleia Constituinte.

---

32 Dos 27 ministérios, doze eram conduzidos por ministros contrários às eleições diretas, além dos ministros militares. Duas referências para a construção desse parágrafo:“Estocada no PMDF – Sarney empossa um ministério de perfil conservador, fortalece o PFL e distancia o partido de Ulysses Guimarães do governo”. Revista Veja, São Paulo, p. 20-26, 19 fevereiro de 1986; e ZAVERUCHA, Jorge. Rumor de Sabres: tutela militar ou controle civil?. São Paulo: Ed. Ática, 1994. p. 177.

33 Art. 173, III e 184, III do anteprojeto. Disponível em http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf acessado em 27 de dezembro de 2013.

34 Art. 416 do anteprojeto. Disponível em http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf acessado em 27 de dezembro de 2013.

35 Zaverucha lembra que a Comissão Affonso Arinos foi muito criticada por ser elitista, pois

Simultaneamente ao desenvolvimento desses estudos, o impulso inflacionário ganhava força[36]. O problema econômico atingia diretamente as bases institucionais democráticas, uma vez que, ao passo que a inflação atingia a classe trabalhadora - a qual recorria às manifestações como forma de denúncia de suas necessidades básicas -, o governo, em resposta, utilizava a força militar para negociar, ajustar e controlar os distúrbios populares, utilizando-se da expressão "manutenção da lei e da ordem" como legitimadora constitucional de suas ações operacionais. Verifica-se, ao longo do mandato de Sarney, o costume de chamar tanques, em vez da polícia, para conter os grevistas[37]. Desse modo, grandes manifestações ocorriam seguidas de exibições de tanques de guerra nas ruas para conter os manifestantes.

Entre os diversos casos, poder-se-iam destacar: a vaia que o presidente recebeu ao ser protegido pelo Exército em um simples deslocamento à catedral[38]; e os movimentos da CUT e CGT ao convocarem Greve Geral. Neste segundo exemplo, o porta voz da Presidência da República acusou o Partido dos Trabalhadores (PT) e a CUT de, em conluio, organizarem as manifestações com pessoas especializadas em guerrilha urbana. Sarney, além de convocar a PM, chamou o Exército, incluindo tanques, para estabelecer a ordem[39]. Posteriormente, da mesma maneira, também convocou o Exército para conter manifestações em pontos estratégicos, alocando grupos e tanques de militares federais em possíveis locais de protesto da cidade. Por fim, a paralisação não foi atendida na proporção que os sindicatos esperavam[40] e a Greve Geral foi fracassada.

---

seus integrantes, escolhidos por Tancredo Neves, eram intelectuais renomados. Carecia de representatividade política por meio de membros de partidos politicos diversos.

36 Entrevista com o presidente José Sarney. "Não quero uma „Primavera de Praga"". Revista Veja, São Paulo, p. 4-10, 12 nov 1986.

37 Vários periódicos e reportagens podem ilustrar o cenário da época: "O Exército sai às ruas como em 68". Revista Veja, São Paulo, p. 42-43, 17 dez 1986. "Sarney chama o Urutu – com soldados e tanques de guerra, o Exército repete nas refinarias de petróleo a ação da Marinha nos portos e navios". Revista Veja, São Paulo, p. 20-27, 18 mar 1987. "O escudo de Sarney". Revista Veja, São Paulo, p. 34-36, 8 jul 1987. "Treva contra treva – soldados da PM e do Exército impedem uma passeata de negros no Centenário da Abolição". Revista Veja, São Paulo, p. 22-25,18 maio 1988.

38 "Um vendaval agita Brasília – O governo enfrenta um quebra-quebra no seu quintal e o presidente Sarney é vaiado na rua". Revista Veja, São Paulo, p. 36-43, 3 dez 1986.

39 Idem, ibidem.

40 "A miragem desfeita – com as máquinas ligadas e o comércio a todo o vapor, a CUT e a CGT fracassam em seu plano de promover uma greve geral em todo o país". Revista Veja, São Paulo, p. 36-42, 17dez 1986.

Idp MESTRADO

Em setembro de 1987, o ministro do Exército, Leônidas Pires Gonçalves, fez um pronunciamento sobre a Constituinte numa reunião composta por 26 ministros, por líderes partidários e pelo Presidente da República. O discurso do ministro materializava as preocupações dos militares quanto ao projeto constitucional já enviado ao deputado Ulysses Guimarães (presidente da Constituinte). O teor de sua pronúncia dizia a respeito de alguns desdobramentos constitucionais, trazidos no anteprojeto, quanto à anistia e à possibilidade de adoção do sistema parlamentarista[41].

Em meio à inquietude militar, surgia constantemente, então, a ameaça de um golpe de Estado. Tal advertência era feita por políticos da bancada conservadora e pelos militares como estratégia para deferimento de suas aspirações, além de que, por vezes, tal ameaça soava como um boato para barganhar interesses opostos[42]. Essas chantagens serviam para que, diante do medo do golpe, a arena civil adequasse os seus interesses aos dos militares, com a crença de que, dessa forma, o processo de transição seria efetivado de maneira gradual. Nesse sentido, constatou-se também o espírito dessa ameaça no debate realizado "para convencer a Comissão de Sistematização a restaurar o papel das Forças Armadas como guardiães da lei e da ordem"[43], como também nos discursos de qual seria o sistema mais adequado ao caso brasileiro, ou seja, se seria mais adequado o parlamentarismo ou o presidencialismo.

Lembra Zaverucha que os militares, nesse contexto, evidentemente, defendiam o sistema presidencialista[44], uma vez que as Forças Armadas tinham um relacionamento amistoso com o presidente Sarney. Dessa forma, não era interessante para as Forças Armadas que o Parlamento determinasse a gestão governamental, mas sim que o Presidente (Poder Executivo) estivesse alinhavado aos interesses das Forças Armadas, isso significava dizer que, nessa perspectiva, o

---

41 "A sombra do quepe". Revista Veja, São Paulo, p. 24-30, 2 set1987
42 Idem, p. 189.
43 Idem, ibidem.
44 No sistema presidencialista, a equipe de governo (o Ministério) é designada pelo Presidente e responsável perante ele, não perante o Legislativo. O Presidente nomeia e exonera a qualquer tempo. Os parlamentares não são responsáveis nem pelo exercício do governo, nem pela implementação das suas políticas. Por outro lado, no sistema parlamentarista, a equipe de governo é aprovada pelo Parlamento. O corpo legislativo assume a responsabilidade da gestão junto com o Primeiro-Ministro. O partido da maioria é co-responsável pelas políticas do governo.

presidencialismo seria a melhor opção. Contudo, Zaverucha faz um paralelo ao lembrar que, em 1961, as Forças Armadas haviam incentivado a adoção do parlamentarismo como forma de controlar o presidente João Goulart. Agora, em 1987, em plenos debates constitucionais, defendia o presidencialismo, asseverando que a sua não adoção resultaria em caos social e político, contudo, posteriormente, em 1989, o ministro do exército apoiou o parlamentarismo quando viu a ameaça do líder Luís Inácio Lula da Silva, do PT, como potencial vencedor das eleições presidenciais[45]. Percebe-se, portanto, que as configurações institucionais dos militares se amoldavam aos interesses diversos.

De todo o modo, alinhava-se o cenário político para a Constituinte. Às vésperas do primeiro turno, Sarney apareceu em rede nacional, através da TV e rádio, e tentou fazer uma manobra política. Ao falar em rede nacional, com gestos enérgicos e voz alta, queixou-se por 29 minutos de que a Assembleia Constituinte construía um texto inapropriado. Ele apontou vários defeitos, além de acusar os parlamentares de aumentarem os gastos públicos, no momento em que eles elaboravam o texto constitucional. Sarney afirmara "Os brasileiros receiam que a Constituição torne o país ingovernável. E isso não pode acontecer"[46]. Cabe frisar que o discurso fora realizado num clima de insatisfação econômica, o que poderia surtir graves efeitos. As declarações do presidente despontaram uma crise política entre o Executivo e o Legislativo.

Desse modo, no dia seguinte, "os parlamentares rechaçaram as declarações do presidente por 403 votos a 113"[47] , ao aprovar, no plenário do primeiro turno da Constituinte, o anteprojeto constitucional.

Após diversas contendas entre o Executivo e o Legislativo, em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a nova Constituição. Destacaram-se os direitos sociais ao patamar de direitos e garantias fundamentais, além de outras importantes alterações e criações no texto constitucional, entretanto, uma parcela da Constituição não foi

---

45 Idem, p. 190-191.
46 Ferida, a fera fere – Sarney procura apoio militar, parte para o seu mais forte ataque à Constituinte e sai derrotado pela resposta de Ulysses. Revista Veja, São Paulo, p. 32-39, 3 ago 1988.
47 Idem, p. 192

alvo de modificação: os dispositivos relacionados às Forças Armadas e à segurança pública.

O Anteprojeto constitucional foi organizado pelas Casas Políticas, de modo que as atividades legislativas quanto à redação do novo texto constitucional foram realizadas por oito comissões e várias subcomissões. Além dessas comissões, havia uma grande comissão, chamada de Comissão de Sistematização, criada para organizar os relatórios finais das oito comissões e consolidar todos os dispositivos das diversas áreas num só corpo textual.

Das oito comissões, destaca-se a

> Comissão de Organização Eleitoral Partidária e Garantia das Instituições [COEPGI], [a qual] se encarregou dos capítulos ligados às Forças Armadas e à segurança pública. Era presidida pelo senador Jarbas Passarinho, coronel da reserva, e o porta-voz era Prisco Viana, um doas mais ardorosos defensores da candidatura de Paulo Maluf a presidente. Jarbas Passarinho foi ministro durante o governo dos generais Costa e Silva, Médici e Figueiredo. Em 1969, subscreveu o Ato Institucional nº 5, que inaugurou um dos períodos mais autoritários da história brasileira[48].

Como a COEPGI era encarregada por grandes temas complexos, tais como Defesa Nacional e Partido Político, acabou por ter em sua estrutura a Subcomissão da Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança para tratar diretamente dos assuntos ligados às Forças Armadas e à segurança pública. Tal Subcomissão se encarregou de discutir, estudar e analisar a matéria para a realização do relatório final. O relator encarregado da Subcomissão foi o deputado Ricardo Fiúza – parlamentar integrante da coalizão conservadora. Dois anos depois da Carta de 1988, em abril de 1990, Ricardo Fiúza confessou durante uma entrevista, ao ser questionado sobre sua relação com os militares, que: "Tenho alguns amigos militares, mas entendo da área tanto quanto entendo de motor de automóvel – nada. Nem as patentes sei distinguir"[49]. Era justamente este parlamentar que dirigia os trabalhos da Subcomissão, a qual tratava diretamente das relações entre cidadãos e militares, da força pública, da cidadania e das implicações tangentes a esses temas.

---

48 Idem, p. 193.
49 Entrevista: Ricardo Fiúza. Revista Veja, São Paulo, p. 8, 4 de abril de 1990.

A Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança organizou, obedecendo a um calendário legislativo da Subcomissão, oito sessões públicas para fomentar o debate dos novos desafios constitucionais com os seguintes integrantes:

> (...) cinco professores da Escola Superior de Guerra; cinco membros da Polícia Militar e um do Corpo de Bombeiros [todos oficiais]; quatro representantes do Conselho de Segurança Nacional; dois generais da reserva; cinco representantes do Estado-Maior do Exército; três representantes da Polícia Federal; o presidente da Associação Nacional dos Comissários da Polícia Civil; o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil; e um representante do Núcleo de Estudos Estratégicos da Universidade de Campinas[50].

Ao total foram 28 convidados presentes, mas registra-se que somente os três últimos apresentaram sugestões que mudariam o quadro da segurança pública, fazendo com que a configuração constitucional dela fosse diferente da preconizada na Carta Constitucional de 1967. Observa-se, contudo que a Constituição de 1967, do regime militar, foi o molde para a construção do sistema de segurança pública na Constituição de 1988, fazendo com que se repetisse algumas características das relação civis e militares no sistema de segurnaça pública[51]. Entre outras sugestões vetadas pela comissão foram "a extinção da SNI, da Divisão de Segurança e Informações (DSI) e da Assessoria de Assuntos Estratégicos (ASI)"[52], bem como a criação de um Ministério da Defesa.

De todo o modo, por esse arranjo legislativo, a Subcomissão produziu o relatório referente à segurança pública, confirmando a incumbência das Forças Armadas de guardiães da lei e da ordem, sem, contudo, definir qual lei (se lei ordinária, lei complementar ou constitucional) ou qual(is) ordem(ns) deveria(m) ser objetos da tutela armada federal.

---

50 ZAVERUCHA, Jorge. Rumor de Sabres: tutela militar ou controle civil?. São Paulo: Ed. Ática, 1994. p. 193 e 194.

51 Idem, ibidem.
52 Idem, ibidem

Outro ponto importante foi a subordinação da Polícia Militar, como Força Reserva e Auxiliar[53], ao Exército. O projeto da Subcomissão foi aprovado em reunião e, posteriormente, foi levado e ratificado no plenário do Congresso. Desse modo, o texto chegou à Comissão de Sistematização, que o organizou, e, assim, consolidou o poder dos militares em relação às autoridades civis. Portanto, não houve praticamente nenhuma alteração constitucional consistente do ponto de vista da segurança pública.

Tal inovação constitucional foi a abertura da competência de requisitar a intervenção das Forças Armadas – que era exclusiva do Presidente da República - tanto ao Legislativo quanto ao Judiciário. Assim, os três poderes da República, pelo novo texto constitucional, poderiam pedir tal intervenção. O artigo 142 da Carta Magna dizia:

> Art. 142 As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, **por iniciativa de qualquer destes**, da lei e da ordem. (grifei)

O problema de entregar a iniciativa de convocação das tropas federais militares aos três Poderes foi a não-especificação de quais atores do Judiciário e do Legislativo seriam competentes para a devida requisição. Isso fez com que qualquer membro do Judiciário ou do Legislativo tivesse a legitimidade constitucional de convocar as Forças Armadas.

Desse modo, a nova configuração constitucional acabou por refletir uma ingerência administrativa e operacional nos meses seguintes da promulgação da

---

53 Força Reserva não é sinônimo de Força Auxiliar. Enquanto a Força Reserva, em linhas gerais, destina-se a todos os brasileiros entre 18 e 45 anos (policiais ou não), os quais compõem um dos quadros do Serviço Militar Obrigatório, para que, quando necessário, seja acionado para a mobilização nacional, a Força Auxiliar é composta pelos órgãos policiais militares estaduais para acudir, apoiar, assessorar, socorrer qualquer ameaça institucional, calamidade de grandes proporções, por termo a grave comprometimento da ordem pública, ou ainda, manter a integridade nacional. A Lei do Serviço Militar e o seu Decreto Regulamentador (Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 e Dec. nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966, respectivamente), bem como o Dec. nº 88.777, de 30 de setembro de 1993, (regulamento das PM e CBM) regulam uma parte significativa sobre o tema da requisição das forças auxiliares.

Constituição, tendo como marco histórico o caso da greve da Usina de Volta Redonda. De acordo com o novo texto, o Judiciário tinha o direito de pedir a intervenção militar quando julgasse que a lei e a ordem estivessem ameaçadas, assim, para conter distúrbios de manifestantes e grevistas, qualquer juiz de direito tinha legitimidade constitucional para pedir a intervenção das Forças Armadas. Por outro lado, a nova Constituição havia garantido o direito de greve aos trabalhadores, o que tinha motivado a realização de uma paralisação pelos empregados da Usina de Volta Redonda em busca de melhorias salariais. Assim, tal paralisação fez com que mais de 1.300 soldados da PM e do Exército, acompanhado dos urutus, fossem convocados para rechaçar grevistas da Companhia da Siderúrgica Nacional[54]. Acontece que o general Leônidas Pires Gonçalves, Ministro do Exército, havia movido as tropas das Forças Armadas motivado por uma decisão judicial (liminar) de primeira instância emitida por um juiz de direito[55]. Devido à liminar, os soldados federais foram reestabelecer a ordem até o ponto de invadirem a Usina. Assim, instalou-se um tumulto generalizado, com tiros e pancadarias, resultando na morte de três operários[56].

O caso Volta Redonda carimbou o início da vigência da Carta Constitucional no que tange à falta de clareza e objetividade de suas expressões ligadas tanto à esfera da Defesa Nacional, quanto à esfera da Segurança Pública. Desse modo, o artigo constitucional - que abrangeu o poder requisitório da intervenção militar federal (Art. 142, CF/88) - em vez de dificultar a presença das Forças Armadas por meio dos tanques de guerra nos bairros urbanos, ampliou a competência constitucional de requisição de tais forças a todos os poderes, para o controle de movimentos sociais diversos.

---

54 Os tiros aquecem o fogo da greve – no calor das ondas das greves, tropas invadem a usina de Volta Redonda e matam três metalúrgicos. Revista Veja, São Paulo, p. 32-39, 16 nov 1988.
55 ZAVERUCHA, Jorge. Rumor de Sabres: tutela militar ou controle civil?. São Paulo: Ed. Ática,1994, p. 203.
56 William Fernandes Leite, 22 anos, com tiro de metralhadora no pescoço; Valmir Freitas Monteiro, 27 anos, com tiro de metralhadora nas costas; e Carlos Augusto Barroso, 19 anos, com esmagamento de crânio.

3. Noções gerais sobre o Álibi Constitucional

Embora os debates da Assembleia Constituinte de 1988 quanto às questões de segurança pública tivessem sido pautas de reuniões no Congresso Nacional, tais pautas não proporcionaram reais mudanças no texto constitucional ao lançar antigos atores no processo de discussão e votação legislativa em sua esmagadora maioria, fazendo com que se repetisse a velha fórmula de controle civil, ou seja, de imputar a uma polícia de controle interno uma norma militar. Evidente que diversos motivos fizeram com que os parlamentares adotassem essa medida, entretanto, nem ao menos uma tentativa de uma discussão para com essas questões foi tomada.

Diante da ausência de quaisquer tentativas de mudança do quadro da segurança pública, não seria possível deixar de apresentar algumas citações que expressam pensamentos de alta relevância de Marcelo Neves, para evidenciar os aspectos simbólicos da Constituição e das relações de poder inerentes a ela, bem como para compreender os fenômenos ligados à manutenção do status quo da Segurança Pública no Brasil. Frisa-se, contudo, que este terceiro tópico não tem a finalidade de se fazer uma análise profunda da teoria constitucional, mas resgatar a noção do álibi constitucional ensinado por Marcelo Neves, lançando luzes de seus ensinamentos ao tema da segurança pública.

O simbolismo constitucional enseja, entre outros efeitos, na produção e na construção de certos valores morais, os quais não estão vinculados apenas a um determinado grupo de pessoas, mas alcançam todo o sistema político e jurídico. Um dos objetivos da constitucionalização simbólica é produzir de modo abrangente a “confiança dos cidadãos no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado”[57].

Entretanto, para que essa confiança seja fomentada na massa populacional, é fundamental que sejam atendidas algumas de suas demandas pelo Estado, a fim de que ele, por meio do atendimento aos pleitos sociais, demonstre uma peculiar preocupação política para com as expectativas da sociedade. Desse modo, uma das inúmeras respostas às pressões populacionais é a elaboração de normas jurídicas, que, além de alterarem o quadro regulatório de determinadas áreas estratégicas,

57 Kindermann, 1988, p. 234 apud Neves. Idem, p. 36

tenham também um peso significativo para transformarem expectativas sociais em medidas políticojurídicas concretas. Diante disso é que se evidencia a expressão "legislação- álibi" de Kindermann, ao compreender que o "legislador procura descarregarse de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos"[58] ao se criar normas que mais servem como álibi político, do que como reais instrumentos de mudanças sociais.

São nessa perspectiva que podem ser encarados os dispositivos da Segurança Pública elencados na Constituição, pois, ao longo desses 25 anos de Constituição, os parlamentares apresentaram sugestões ao sistema de segurança pública, sem que a este sistema fossem atribuídas modificações significativas. Ao realizar uma pesquisa das proposições legislativas que foram apresentadas ao Congresso Nacional sobre a modificação da estrutura policial, observam-se alguns temas, tais como a desmilitarização da polícia, a submissão dela à fiscalização do Judiciário, ou ainda, a criação das guardas municipais, entre outras propostas. As principais Propostas de Emenda à Constituição (PEC) atinentes à matéria apresentadas na Câmara dos Deputados foram: PEC n. 60/1990, 46/1991, 466/1997 – que apensaram a PEC n. 84/2003; PEC n. 483/1997, 512/1997, 551/1997, 496/2002, 534/2002 – que apensaram as PEC n. 95/1995, 247/1995, 343/1996, 392/1996, 409/1996, 151/1995, 156/1995, 514/1997, 613/1998, 181/2003, 87/1999, 124/1999, 154/1999, 240/2000, 250/2000, 266/2000, 275/2000, 276/2000, 280/2000, 284/2000, 291/2000, 317/2000, 449/2001, 532/2002, 49/2003, 7/2007; PEC n. 435/2005, 589/2006, 143/2007, 340/2009 – que apensaram as PEC n. 356/2009, 414/2009, 425/2009; e a PEC n. 430/2009 – que apensou a PEC n. 432/2009. Continuam tramitando as PEC n. 534/2002, 589/2006, 340/2009 e 430/2009 e respectivas apensadas e subapensadas, tendo sido as demais arquivadas ou devolvidas.

Dessa maneira, não é incomum que em resposta às graves crises sociais ou à insatisfação popular, seja buscada uma solução imediata do Estado para manter tanto suas instituições, quanto o seu poder estáveis. Contudo, não necessariamente a resposta estatal frente às expectativas sociais tem sido a realização de precauções, de medidas ou ações concretas do Estado, mas sim a realização e a

58 NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 3 ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2011. p. 37.

produção de leis e de normas jurídicas, os quais são importantes elementos para o alcance da justiça.

Importa destacar, desse modo, que uma das respostas significativas desses pleitos é, portanto, a regulamentação normativa. Entretanto, a regulamentação normativa é resultado do processo legislativo que, em termos de comparação, não gera gastos orçamentários e alterações significativas das estruturas de poder em relação a outras políticas públicas. Se não são realizadas as devidas mudanças institucionais, constata-se que a atividade legiferante acaba por ser caracterizada como um álibi do legislador perante a população que exigia uma reação do Estado[59].

Marcelo Neves afirma que além dessas hipótese em que as pressões sociais e seus pleitos podem ser caracterizadas como "reação substitutiva", a "legislação-álibi serve como mecanismo de exposição simbólica das instituições"[60]. Cria-se, portanto, uma aparência ou um símbolo para se dizer que determinados problemas sociais já estão sendo resolvidos. Caso não haja a imediata resolução dos problemas, há o discurso que enobrece o inicio da atividade legislativa como um solucionador dos tais problemas, a fim de passar para a população a imagem que tal tema já está em profícuo campo de debate na agenda governamental, entretanto isso tudo não passa de protelação. É justamente esse quadro que o atual sistema de segurança pública tem enfrentado, ao se evocar a iniciativa de mais de 48 propostas de emenda à Constituição como medida solucionadora dos problemas ligados à segurança pública.

Já foram inúmeras propostas de emendas constitucionais apresentadas ao Poder Legislativo, alterando, superficial ou substancialmente, tal conjuntura, mas ainda assim, após 25 anos da Constituição, nenhuma delas sequer chegou à Redação Final no Plenário das Casas Legislativas para serem finalmente incorporadas ao texto constitucional.

Desse modo, para convencer e transpassar as massas sobre a boa intenção do governo e dos legisladores, o discurso constitucional e da elaboração da norma soa como uma estratégica política para impedir as transformações institucionais. A

---

59 Idem, p. 37
60 Idem, p. 38.

legislação-álibi "não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos"[61], não é à toa que, no que tange ao tema da Segurança Pública, nem sequer houve uma tentativa de reformulação das relações civis e militares ao longo de toda a democracia pós-1988, mas sim sempre a acomodação dos interesses diversos[62].

Continua o autor que a legislação-álibi constitui uma forma de ilusão ou de manipulação que imuniza o sistema político contra outras alternativas, fazendo com que se freie o aperfeiçoamento do sistema jurídico na busca da justiça social[63]. Assim, a lei, mais especialmente a norma constitucional, acaba por assumir uma natureza mais ideológica, do que concretizadora das demandas sociais.

Ademais, cabe frisar que o álibi normativo não pode ser entendido como a atividade consciente das elites; muitas das vezes, entretanto, "ela induz „um sentimento de bem-estar‟, que com isso leva à „resolução da tensão‟ e, portanto, servir a lealdade das massas"[64]. Também não cabe compreender a constitucionalização simbólica como sendo apenas a ausência de concretização normativa do texto constitucional, já que a linguagem constitucional tem uma função importantíssima quanto ao papel políticoideológico, já que a norma constitucional é a congruência da expectativas diversas.

Delas não decorre nenhuma modificação real no processo de poder. No mínimo, há um adiamento retórico da realização do modelo constitucional para um futuro remoto, como esta fosse possível sem transformações radicais nas relações de poder e na estrutura social.[65]

---

61 Idem, p. 39.
62 Jorge Zaverucha compara no livro "Rumor de Sabres – controle civil ou tutela militar?" as transições democráticas de três países: Espanha, Argentina e Brasil. Constatou-se que enquanto a Espanha foi caracterizada por uma tentativa de transição democrática bemsucedida, e a Argentina, devido à fragmentação interna das Forças Armadas, caracterizou-se por uma tentativa fracassada, o Brasil nem sequer teve uma tentativa, manipularam a Constituinte e engavetaram importantes documentos para a reformulação do sistema policial.
63 Idem, p. 40.
64 Idem, ibidem.
65 Idem, p. 105.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, observa-se que a insistente ausência de uma adequada sistematização do tema da segurança pública colabora para que a Carta Magna de 1988 seja cada vez mais um parâmetro de álibi governamental a ser utilizado na administração do país motivado por interesses políticos diversos, na medida em que as "instituições jurídicas consagradas no texto constitucional permanecem relevantes como referências simbólicas do discurso do poder"[66]. Essa postura política não corrobora, portanto, com a transformação de um quadro social que promova o controle da criminalidade que resolva a insegurança pública.

Desse modo, a vinculação das polícias ao Exército Brasileiro na Constituição Federal de 1988 no Art. 144, § 6º; a quebra do ciclo completo de polícia; a impossibilidade de as polícias ostensivas (polícias militares) registrarem as situações com as quais se deparam; as manutenções de expressões imprecisas e subjetivas não contribuem para uma polícia cidadã. Ademais, a ausência de um específico sistema de segurança pública enfraquece o baluarte constitucional do Estado Democrático de Direito, resultando num sistema de segurança que, em si, confunde seus objetivos institucionais, carecendo de uma norma constitucional para convergências das expectativas sociais e individuais, evidenciando, portanto, a inexistência de um processo de redemocratização do tema da segurança na Constituição brasileira de 1988.

REFERÊNCIAS

BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. A polícia em transição: o modelo profissionalburocrático de policiamento e hipóteses sobre os limites da profissionalização das polícias brasileiras. Rev. Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social- Vol. 4 – nº1 – JAN/FEV/MAR2011 - pp. 65-96.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 3. reimp. Rio de Janeiro: Elvesier, 2004.
BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

66 Idem, p. 101.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil. Secretaria de Estado dos Negócios do Imperio do Brazil, Rio de Janeiro, 22 abr. 1824.

_______. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 24 fev. 1891.

_______. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1934.

_______. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 10 nov. 1937.

_______. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 18 set. 1946.

_______. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 24 jan. 1967.

_______. Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889. Proclama provisoriamente e decreta como forma de governo da Nação Brasileira a República Federativa, e estabelece as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais.

Diário Oficial da União, Brasília, 16 nov. 1889.

DIAS NETO, Theodomiro. Segurança Urbana: o modelo da nova prevenção. São Paulo: RT, 2005.

EGE, Flávio Tadeu. Uma breve história da polícia no Brasil. Criticas a militarização e seu caráter oligárquico. Flávio Tadeu Ege _ 1ª Ed. São Paulo: Clube de Autores, 2012.

ESPÍRITO SANTO, Lúcio Emílio; MEIRELES, Amauri. “Entendendo a nossa insegurança”. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Policiologia, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. 11. reimpr. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1995.

LUHMANN, Niklas. O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito. Sequencia. Nº 28, junho, 1994.

MAGALHÃES, Euro. (1984). “A missão da Polícia Militar”, in O Alferes n. 2, 1º quadrimestre.

MONET, Jean-Claude. Polícias e sociedades na Europa. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “A segurança pública na Constituição”. A ForçaPolicial, São Paulo, n. 3, IMESP, 1994.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 3 ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2011.

ROCHA, Claudionor. Segurança Pública e seus enigmas. Câmara dos Deputados, 2011.

_____. Considerações sobre a criação de novos órgãos policiais. Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em

http://intranet2.camara.gov.br/internet/publicacoes/estnottec/tema21/2009_172 6.pdf

ROCHA, Fernando Carlos Wanderley. Situação das PECs que Tramitam na Câmara dos Deputados, Tratando do Emprego das Guardas Municipais em Atividades de Segurança Pública. Câmara dos Deputa- dos, 2005. Disponível em <http://intranet2.camara.gov.br/internet/publicacoes/estnottec/
tema21/2005_5944.pdf

>. Consultado em 15 mar 2014.

SKOLNICK, Jerome H.; BAYLEY, David H..Policiamento Comunitário: questões e práticas através do mundo. Tradução Ana Luísa Amêndola Pinheiro. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002. Série Polícia e Sociedade n. 6.

SOUZA, Benedito Celso de. A Polícia Militar na Constituição. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1986.

WACQUANT, Loic. As prisoes da miséria. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WEFFORT, Francisco Correa. O populismo na Política brasileira. 2. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Piza. Garantismo e Eficientismo Penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança urbana

Idp
MESTRADO

ZAVERUCHA, Jorge. Rumor de Sabres. São Paulo: Ática, 1994.

A CRIMINOSA AMBIENTAL NA CONJUNTURA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO POR CRIMES AMBIENTAIS SEM A NECESSIDADE DA SIMULTÂNEA IDENTIFICAÇÃO E PERSECUÇÃO PENAL DA PESSOA NATURAL RESPONSÁVEL.

THE ENVIRONMENTAL SITUATION IN CONSTITUTIONAL CRIMINAL JUSTICE: CRIMINAL LIABILITY OF THE LEGAL ENTITY OF PRIVATE LAW FOR ENVIRONMENTAL CRIMES WITHOUT THE NEED FOR SIMULTANEOUS IDENTIFICATION AND CRIMINAL PROSECUTION OF THE NATURAL PERSON RESPONSIBLE.

José Felício Dutra Júnior[67]
DOI 10.11117/9788565604505.04

RESUMO:

O objeto deste trabalho é a análise da responsabilização penal-ambiental ativa da pessoa jurídica de Direito Privado sem a responsabilização da pessoa natural representante do ente coletivo. Para tanto, são abordados alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, além de leis e do Direito Comparado. A finalidade do trabalho é superar a concepção antropocêntrica e liberal do Direito Penal moderna, para permitir uma visão ecocêntrica. Utilizando um método dialógico, busca-se formar análises filosóficas, como melhor metodologia para o desenvolvimento deste artigo científico.

Palavras-chave: Responsabilização penal. Responsabilização ambiental. Crime ambiental. Ente coletivo. Antropocentrismo. Ecocentrismo. Meio ambiente. Ecossistema.

ABSTRACT:

---

67 Especialista em Direito Constitucional; advogado atuante na seccional do Distrito Federal; professor do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, na cadeira de Direito Constitucional; mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP; Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB.

The object of this work is the analysis of active criminal and environmental accountability of the legal entity of private law without liability of the natural person representing the collective being. Some judged the Superior Court and the Supreme Court are addressed, in addition to laws and Comparative Law. The purpose of this study is to overcome the anthropocentric and liberal conception of modern criminal law, to allow ecocentric vision. Using a dialogical method, we seek to form philosophical analyzes, the best methodology for the development of this scientific article.

Keywords: Criminal accountability. Environmental accountability. Environmental crime. Collective being. Anthropocentrism. Ecocentrism. Environment. Ecosystem.

1. INTRODUÇÃO.

Este artigo científico objetiva analisar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas diante da prática de crimes ambientais e o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal – STF sobre este tema, no Recurso Extraordinário n° 548.181/PR, Relatora Ministra Rosa Weber.

O Brasil, por ser um país emergente, está em considerável desenvolvimento da produção industrial, em face disso o número de centros industriais, nos últimos anos, aumentou consideravelmente.

Com o avanço da produção industrial neste país, temas como “desenvolvimento sustentável”, “meio ambiente”, “políticas ecológicas”, “bioeconomia”, passam a ter relevância, na medida em que a expansão da produção industrial provoca impacto considerável no meio ambiente.

Não há tantas controvérsias sobre a responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas em relação ao meio ambiente, posto que existem medidas consistentes para viabilizar a responsabilidade dos entes coletivos, além de existirem institutos jurídicos bem fundamentados para que as empresas possam arcar com os danos causados ao meio ambiente na esfera cível.

Quanto à responsabilização penal dos entes coletivos, porém, há controvérsias, pois o Direito Penal brasileiro ainda tem uma base epistemológica e filosófica antropocêntrica e liberalista.

Idp MESTRADO

Contudo, não se pode refutar a importância da responsabilização penal da pessoa jurídica, naquilo que ao menos se refere aos crimes ambientais, posto que existe previsão constitucional expressa neste sentido.

O art. 225, §3°, da Constituição da República, determina que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O conteúdo deste trabalho visa a efetividade e a aplicação da responsabilização penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais no Brasil, a partir do alargamento de conceitos penais clássicos para que se possa alcançar a responsabilização penal ativa dos entes coletivos, com o fim precípuo de proteger o meio ambiente, conjunto harmonioso de condições essenciais para a existência da vida como um todo, conforme determina o *caput* do art. 225 da Constituição da República.

Partindo-se de estudos bibliográficos de doutrinas contemporâneas, pesquisa de decisões do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ, e utilizando um método dialógico, busca-se formar análises filosóficas, como melhor metodologia para o desenvolvimento deste trabalho científico.

Para tanto, são analisados conceitos imprescindíveis ao entendimento sobre a natureza jurídica das pessoas coletivas, responsabilização penal, preservação do meio ambiente, e responsabilização penal das pessoas jurídicas por crimes ambientais.

2. CONCEITOS CLÁSSICOS SOBRE CRIME E RESPONSABILIZAÇÃO PENAL.

Em uma perspectiva formal, segundo o doutrinador Damásio de Jesus, o crime pode ser definido pelo aspecto da técnica jurídica, do ponto de vista da lei.[68]

---

68 JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal.** 1º V. 2ª Edição, ampliada e atual. São Paulo: Saraiva, 1980. Pág. 142.

Nesta perspectiva, o crime pode ser entendido como o fato humano contrário à lei, qualquer ação legalmente punível, isto é, toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça da pena.[69]

Verifica-se, então, que crime, em uma concepção formal, é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena.

Materialmente, o crime tem um conceito aberto. Pode ser uma conduta a qual a sociedade imputa um valor, ante a ofensa de um bem juridicamente tutelado, pela sua relevância.

L.A. Machado afirma que o conceito material do crime busca a sua essência, a fixação de limites legislativos à incriminação de condutas[70]. Desta forma, o crime é um "desvalor da vida social"[71], e, segundo Garofalo, "a violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade"[72].

Verifica-se que, formalmente, o crime é a concepção do Direito acerca do delito, constituindo a conduta proibida por Lei, sob ameaça de aplicação de pena, então é o fruto do conceito material, devidamente formalizado, conforme destaca o art. 5°, inc. XXXIX, da Constituição da República, e o art. 1° do Código Penal, quando determinam que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Destes conceitos destacam-se dois princípios do Direito Penal clássico, quais sejam, "princípio da legalidade estrita" e "princípio da individualização da pena", pois segundo este ultimo princípio a personificação da pena já começa no processo de legalização desta.

São dois princípios básicos da atuação punitiva do Estado liberal, primeiro porque só permite punição para condutas determinadas previamente em lei, e segundo porque a punição deve seguir os limites também determinados em lei, o

---

69 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Volume 1. 5ª Edição Revista e Ampliada. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1990. Pág. 96.
70 MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal: Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. Pág. 78.
71 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995. Pág. 144.
72 MACHADO, Luiz Alberto. Opus cit. Pág. 78.

que significa uma garantia do indivíduo contra abusos no atuar punitivo do Estado moderno.

Verifica-se ainda que o conceito doutrinário de crime tem por base a conduta humana, isto é, comportamento do indivíduo humano.

Acrescenta-se a este conceito o entendimento sobre culpabilidade e antijuridicidade.

A culpabilidade é entendida como o juízo de reprovação sobre a conduta criminosa, sendo que a antijuridicidade é a contrariedade ao ordenamento jurídico, pois, em algumas situações, mesmo a conduta configurando algum tipo penal (descrição legal de conduta criminosa) ela pode ser aceitável ante alguma situação excepcional, em que o ordenamento legal permite praticá-la ou lhe dar aspecto de legitimidade.

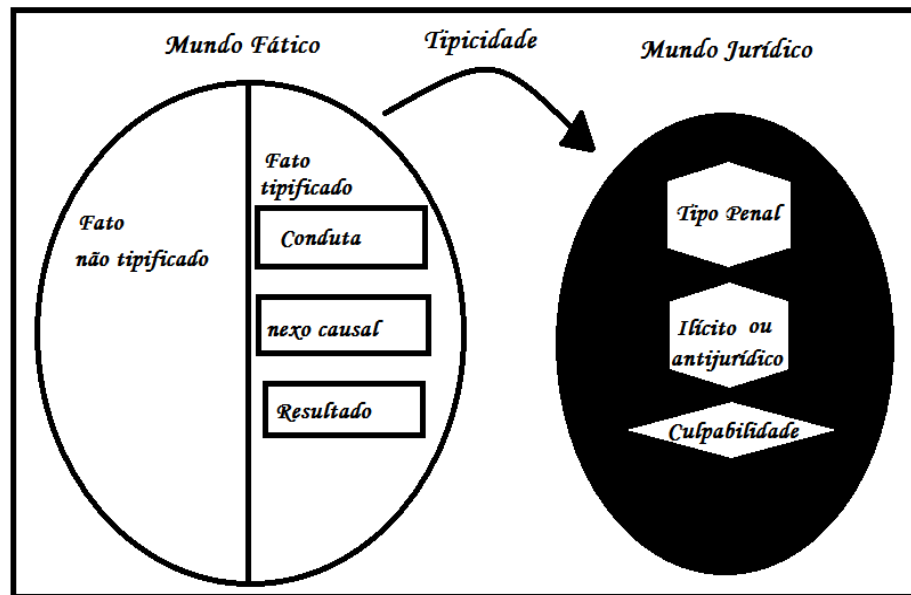
A responsabilização penal moderna afasta a imputação penal objetiva, isto é, aquela responsabilização apenas pelo resultado da conduta reprovável sem juízo de culpabilidade, e visa o comportamento humano.

Para se vislumbrar uma conduta criminosa não basta a análise do resultado, mas também a análise do comportamento e o nexo de causalidade entre este e o resultado repugnante.

Resulta desta análise aquilo que a doutrina penalista entende por fato típico.

Para haver responsabilização penal, este fato típico deve ter previsão legal (tipo penal), e à ele deve existir uma previa cominação de pena.

Assim, a responsabilização penal subjetiva pode ser representada pela seguinte figura ilustrativa:

Mundo Fático
Tipicidade
Mundo Jurídico
Fato
tipificado
Fato
não tipificado
Conduta
nexo causal
Resultado
Tipo Penal
Ilícito ou
antijurídico
Culpabilidade

Conforme ilustração, a tipicidade é o instrumento de adequação do fato repugnante ao tipo penal.

O fato típico trata-se de uma construção jurídica, conseqüente da adequação do conjunto de ações (conduta, resultado, nexo entre este e aquela) ao tipo penal, por meio do instrumento da tipicidade.

Sendo que o tipo penal é abstração jurídica, ou mera expectativa, ou seja, descrição abstrata de uma conduta, tratando-se de uma conceituação puramente funcional, que atende o “princípio da reserva legal” (não há crime sem lei anterior que o defina).

Na construção do tipo penal, os códigos modernos utilizam elementos que formam conceitos abstratos e genéricos, quais sejam, elementos subjetivos e elementos objetivos.

Criam um preceito primário, no qual consta os mencionados elementos subjetivos e objetivos, além de criar um preceito secundário, no qual consta uma punição, que normalmente trata-se de uma pena privativa de liberdade, já que toda estrutura axiológica do Direito Penal moderno é liberalista, e para o liberalismo a maior punição é o cerceamento da liberdade.

Os elementos objetivos podem ser “descritivos”, ou componentes do tipo penal passíveis de reconhecimento de juízo de realidade, isto é, captáveis pela verificação sensorial. Por exemplo, homicídio (art. 121, CP), “matar alguém”, não

exige nenhum tipo de valoração, mas apenas constatação: “Matar” é eliminar a vida; “alguém” é pessoa humana.

Estes elementos também podem ser “normativo”, isto é, desvendáveis por juízo de valoração. Elementos mais difíceis de alcançar qualquer tipo de consenso, embora sua existência tenha esta finalidade. Quando se analisa, no crime de ato obsceno (art. 233, CP), o conceito de “obsceno”, tem-se evidente juízo de valor. Obscenidade é o que causa vergonha, possuindo sentido sexual. O que pode causar lesão ao pudor de uma pessoa pode, por outro lado, passar indiferente aos olhos de outra. Então, forma uma análise do elemento mencionado, não se trata de mera descrição de algo.

O tipo penal, no seu preceito primário, ainda possui elementos subjetivos, isto é, elementos relacionados à intenção e vontade do agente. Há tipos que os possuem e outros que deles não necessitam. Por exemplo, no homicídio (“matar alguém”) prescinde de qualquer finalidade especial para concretizar-se. Outro exemplo, só pode falar em “prevaricação” (art. 319, CP) se o servidor deixe de praticar ou retarde ato de ofício para “satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

Portanto, vislumbra-se que a base da responsabilização penal moderna trata-se da imputação subjetiva, e o objeto é a conduta humana, sendo tutelados bens relevantes para a sociedade, tudo isso com base em valores individualistas e antropocêntricos, frutos da filosofia liberal.

3. BASE AXIOLÓGICA DO DIREITO PENAL MODERNO.

A sistematização ou positivação do Direito Penal moderno observa a “política criminal”, que se trata de uma postura crítica permanente do sistema penal, como controle social, tanto no campo das normas em abstrato, quanto no contexto da aplicação das leis aos casos concretos, implicando, em suma, na postura do Estado no combate à criminalidade.

Leva-se em consideração ainda a “criminologia”, que é a ciência que estuda o crime, como fenômeno social, o criminoso, como parte integrante do mesmo

contexto, bem como as origens de um e de outro, além dos fatores de controle para superar a delinquência.

A sistematização do Direito Penal moderno segue alguns princípios, quais sejam: “Princípio da legalidade”, expresso no art. 5°, inc. XXXIX, da Constituição da República, e no art. 1° do Código Penal, e se trata da base de todo Direito Penal liberal, pois somente permite a atuação institucional punitiva se houver definição da conduta criminosa em lei, além de prévia cominação de pena.

“Princípio da intervenção mínima”, que, conforme o doutrinador penalista espanhol Muñoz Conde[73], o poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima, ou seja, o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, isto é, as perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do direito.

“Princípio da lesividade”, que também tem base o liberalismo, pois impõe a que se estabeleça a necessária separação do direito de outras idéias ou concepções, como a moral e a religião, e segundo este princípio se uma conduta ataca ou ameaça uma idéia religiosa ou moral ela não pode, por isso, também ser considerada como apta para caracterizar conduta criminosa, porque só podem ser castigados os comportamentos que lesionem ou ameacem concretamente o direito de outras pessoas, e não, simplesmente, as ações pecaminosas ou imorais.

“Princípio da fragmentariedade”, que, segundo julgado do STF, afirma que “não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do Direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos”[74].

“Princípio da Insignificância”, “como causa de atipicidade conglobante, afetando a tipicidade penal, diz com o ínfimo, o manifestamente irrelevante em sede de ofensa ao bem jurídico protegido”[75].

---

73 MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Aboso. Montevideo - Buenos Aires : B de F, 2003.P. 59-60.
74 BRASIL. STF, **RHC 89624/RS**, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª T., DJ 07/12/2006, p. 511.
75 BRASIL. STJ, **REsp. 457679/RS**, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª T., DJ 04/08/2003, p. 368.

“Princípio da individualização da pena”, previsto no art. 5°, inc. XLVI, da Constituição da República, que determina que “a lei regulará a individualização da pena”. A individualização da pena deve ocorrer na cominação, aplicação e execução da punição.

Segundo Guilherme Nucci, este é o princípio que garante que as penas dos infratores não sejam igualadas, mesmo que tenham praticado crimes idênticos. Isto porque, independente da prática de mesma conduta, cada indivíduo possui um histórico pessoal, devendo cada qual receber apenas a punição que lhe é devida.[76]

“Princípio da proporcionalidade”, que se trata do juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Por exemplo, o ordenamento brasileiro adota o sistema trifásico para a dosimetria da pena, isto é, há juízo de ponderação para estabelecer a pena-base, as circunstâncias agravante e atenuantes, e as causas de aumento ou diminuição da pena.

Por fim, “princípio da culpabilidade”, podendo ser analisado sob três sentidos fundamentais, quais sejam: i) Culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime; ii) culpabilidade como princípio mediador da pena; iii) culpabilidade como princípio impedidor da responsabilidade penal objetiva (responsabilidade penal sem culpa, ou pelo resultado). Os doutrinadores penalistas conceituam o princípio da culpabilidade como um juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta (fato) típica e ilícita do agente, visto que, não podemos reprovar ninguém pelo que “é” ou pelo que “pensa”.[77]

Após analisar os princípios citados, verifica-se que o Direito Penal moderno adota conceitos dogmáticos incompatíveis com a responsabilização penal da pessoa jurídica, na medida em que utiliza, como fundamento, noções de conduta e de culpabilidade formuladas de acordo com a pessoa humana, em uma perspectiva individualista, herdada do liberalismo, como uma limitação ao poder do Estado (antropocentrismo).

---

76 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal - Parte Geral e Parte Especial**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
77 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Ed. 5º. Rio de Janeiro: Impetus. 2005. p. 96.

Contrapondo a esta visão clássica, a realidade social em relação à criminalidade tem exigido uma adequação do sistema penal para apresentar soluções em face da nova criminalidade econômica, ambiental e, enfim, social, posto que novas demandas começam a exigir do Estado uma resposta tão enérgica quanto aquela adotada na esfera penal.

4. DO ANTROPOCENTRISMO AO ECOCENTRISMO.

Segundo José Eustáquio Diniz Alves, o antropocentrismo é uma concepção que coloca o ser humano no centro das atenções e as pessoas como as únicas detentoras plenas de direito. Ele afirma ainda que poderia parecer uma manifestação natural, mas se trata de uma construção cultural que separa artificialmente o ser humano da natureza e opõe a humanidade às demais espécies do Planeta. Isto é, o ser humano se tornou a medida autorreferente para todas as coisas.[78]

Para Aristóteles (384-322 a.C), citado por São Tomás de Aquino (1225-1274), o Homem está no vértice de uma pirâmide natural, em que os minerais (na base) servem aos vegetais, os vegetais servem aos animais que, por sua vez, e em conjunto com os demais seres, servem ao Homem.

A ciência ocidental moderna, que tem por base axiológica o positivismo e o cartesianismo, entendia que os recursos naturais estavam a disposição do homem, posto que seriam inesgotáveis.

Este entendimento, contemporaneamente, já não subsiste, haja vista as conseqüenciais ambientais da intervenção da ação humana no ecossistema.

A concepção científica do mundo pós-Guerras Mundiais tem por objeto a necessidade da preservação do meio ambiente natural.

---

78 DINIZ ALVES, José Eustáquio. **Do antropocentrismo ao mundo ecocêntrico**. Fonte: <http://www.ecodebate.com.br/2012/06/13/do-antropocentrismo-ao-mundo-ecocentrico-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/> Acesso em 17 nov 2013.

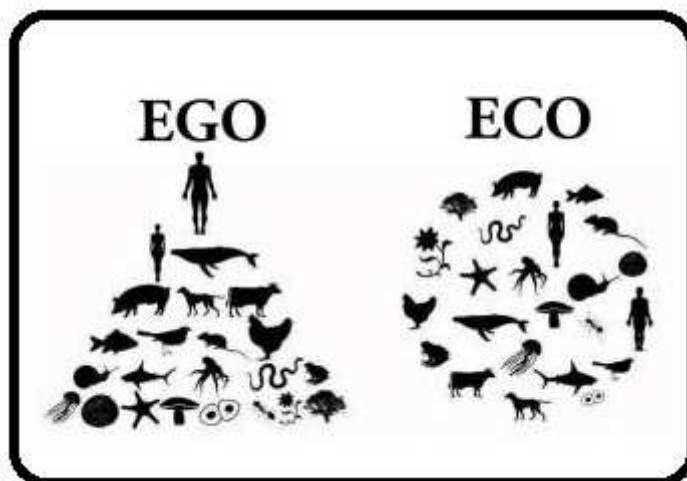
A sociedade contemporânea superou a fase do “hiperdesenvolvimentismo”, isto é, crescimento econômico a qualquer custo, para uma fase que visa o desenvolvimento menos agressivo ao meio natural.

A conferência de Estocolmo, realizada entre os dias 5 a 16 de junho de 1972 foi a primeira atitude mundial em tentar organizar as relações de Homem e Meio Ambiente. Na capital da Suécia, Estocolmo, a sociedade científica já detectava graves problemas futuros por razão da poluição atmosférica provocada pelas indústrias.

A Conferência, atenta à necessidade de um critério e de princípios comuns que ofereçam aos povos do mundo inspiração e guia para preservar e melhorar o meio ambiente humano, documentou uma Declaração, na qual constam 23 (vinte e três) princípios.

Dentre estes princípios destaca-se o que determina que “os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento”.

A ilustração abaixo identifica o antagonismo do antropocentrismo e ecocentrísmo, em que aquele pensamento hierarquiza os seres vivos do ecossistema, colocando o homem no ápice, enquanto este analisa o processo ecológico e o ecossistema em uma concepção horizontal:

EGO ECO

(Fonte: <http://memoriaproteccionista.blogspot.com.br/2012/05/ecocentrismo-antropocentrismo.html> Acesso em 01 dez 2013)

Em decorrência da relevância do fenômeno ambiental e do seu conteúdo político, as Constituições mais modernas passaram a dar um tratamento explícito no que se refere a proteção do meio ambiente em seus textos, evidenciando assim, a necessidade de uma tutela mais adequada.

A preocupação com a tutela do meio ambiente, em nível constitucional, foi no Brasil tratada pela Constituição Brasileira de 1988 em seu artigo 225, que determina que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações".

O referido artigo traz em seu § 1º que, para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público realizar diversas ações de proteção ambiental, entre elas: preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade, e controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

A Constituição brasileira cria instrumentos de imposição de responsabilidade pela preservação do meio ambiente ao Estado enquanto Poder Público, igualmente à toda coletividade com a finalidade de sua defesa para as atuais e futuras gerações. Os sujeitos de direito no presente deverão atuar para que os bens ambientais não pereçam posteriormente.

O legislador constituinte brasileiro, a par dos direitos e deveres individuais e coletivos elencados no artigo 5º, da CRFB, acrescentou no caput do artigo 225, um novo direito fundamental da pessoa humana, que, segundo o autor Edis Milaré, "é,

sem dúvida, o princípio transcendental de todo o ordenamento jurídico ambiental, ostentando o status de verdadeira cláusula pétrea”[79].

Antônio Augusto Caçado Trindade afirma que[80]:

> O reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade desta existência, – a qualidade de vida –, que faz com que valha a pena viver.

Desta forma, a defesa ecológica deve impedir a agressividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cabendo ao Poder Público preservá-lo as gerações presentes e futuras. [81]

Nesta mesma perspectiva, o Supremo Tribunal Federal – STF, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.540, externou na ementa do acórdão o entendimento, segundo o qual todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O Egrégio Tribunal entende ainda que se trata de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano. Em face disso, conclui que incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual.[82]

5. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL-AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA.

A responsabilidade em matéria ambiental deriva de uma obrigação anterior, que o responsável deixou de observar. É sem duvidas, noção peculiar a todas as

---

79 MILARÉ, Edis. **Direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p. 1065.
80 TRINDADE, Antônio A. Caçado. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelos dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Fabris, 1993. p.76.
81 FERREIRA, Luiz Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 290.
82 Brasil. STF. **ADI 3540 MC**, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENTA VOL-02219-03 PP-00528

relações jurídicas, visando assegurar a observância de alguma obrigação nela existente, ou porque se assumiu tal obrigação, seja em decorrência de um fato ou ato, ocorrido ou praticado.

A responsabilidade determina a obrigação de responder por alguma coisa, dando origem ao dever jurídico em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão que lhe sejam imputáveis, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legalmente previstas.

O conceito de responsabilidade, na esfera penal, por exemplo, traduz a idéia de culpabilidade, imputabilidade, e possibilita a noção de obrigação e de garantia[83]. Todavia, é certo que, se condicionar-se às regras do Direito Penal tradicional, cuja punição da pessoa física se funda na culpabilidade, não se encontram fundamentos para a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais, conforme analisado em item anterior.

Define-se responsabilidade como a situação daquele que, tendo violado uma norma qualquer de conduta, se encontra exposto às consequências do ato que praticou[84]. O conceito de responsabilidade, para alguns doutrinadores, na perspectiva penal, é um mero pressuposto da culpabilidade do agente.

A responsabilidade penal resulta-se de uma inquietação social, determinada pela violação de uma norma penal que define um fato criminoso, sendo necessária sempre quando o sujeito exerce este ato lesivo, a responsabilidade penal do agente.

Eládio Lecey[85] apresenta um breve panorama de direito comparado, que revela, basicamente, os três modelos de regimes adotados pelos diversos países sobre a questão:

> a) Primeiro modelo: o que admite como regra a responsabilidade penal da pessoa jurídica (Estados Unidos da América, Reino Unido, Canadá, Austrália, Holanda e Noruega);

---

83 GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. **Crimes contra o meio ambiente: reponsabilidade e sanção penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.p. 15.
84 LEITE, José Rubens Morato. BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ambiental contemporâneo**. São Paulo: Manole, 2004.p. 131.
85 LECEY, Eládio. **A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica.** Direito ambiental em evolução.Curitiba: Juruá, 1998. p. 43.

> b) Segundo modelo: não aceita tal responsabilidade, pelo menos no campo estritamente penal, como Itália, Alemanha e as antigas repúblicas socialistas;
>
> c) Terceiro modelo: consagra um "princípio de especialidade", admitindo, a par do princípio geral da individualidade da responsabilidade penal, um quadro de situações, definidas expressa e casuisticamente pelo legislador, de responsabilização penal das pessoas jurídicas como Portugal, França (no Código Penal de 1/3/1993), Luxemburgo e Dinamarca. O Brasil, agora, enquadra-se no terceiro modelo, criminalizando a pessoa coletiva em matéria de ambiente.

Acompanhando o paradigma ecocêntrico e superando o antropocentrismo, a Constituição da República brasileira determina a responsabilidade da pessoa, seja ela física ou jurídica, na esfera civil, penal e administrativamente, quando há dano ao meio ambiente, como dispõe o artigo 225, §3º, da Carta Magna[86]:

> Artigo 225, § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A Constituição Federal de 1988, promovendo significativa mudança no modelo tradicional, expressamente admitiu, no artigo 225, §3º, a responsabilização penal da pessoa jurídica no âmbito de lesões ao meio ambiente, possibilitando ainda a responsabilização simultânea nas três esferas (cível, penal e administrativa), não vindo a se caracterizar *bis in idem*, visto que cada uma das esferas possui fundamentação própria.

O Código Ambiental (Lei n° 9.605 de 12 de fevereiro de 1998) também faz previsão expressa da responsabilização penal ativa da pessoa jurídica nos crimes ambientais, em seu art. 3°.

Poder-se-ia chegar à conclusão, segundo a qual a responsabilização penal-ambiental da pessoa jurídica teria que ter por base a imputação penal objetiva.

---

86 BRASIL. Constituição (1988).

Na imputação pena objetiva busca-se fundamentar a responsabilidade em outros fatores que não a participação subjetiva direta na conduta imediatamente agressora ao bem social valorado pelo “universo jurídico”.

Possibilita a sujeição criminal ativa dos entes coletivos, pois permite prescindir de uma análise dos aspectos subjetivos ligados à consciência e à intenção.

Contudo, não se coaduna muito bem com regimes jurídico-criminais que consagram os princípios da culpabilidade e da pessoalidade, como o faz o regime brasileiro.

Então, na defesa da responsabilização penal da pessoa jurídica de Direito Privado deve-se afastar a imputação objetiva, mas também reconhecer que, pela própria peculiaridade dos entes coletivos, não é possível adotar a teoria clássica da responsabilização penal subjetiva.

Em face disso, deve-se adotar uma ponderação de valores, isto é, destacar a superação dos conceitos antropocêntricos, ressaltando a tutela penal do meio ambiente, verificando o impacto das atividades econômicas exercida pelos entes coletivos no ecossistema, e os grandes prejuízos que isto pode representar para os seres vivos e para o próprio ecossistema.

Necessário, então, adequar a responsabilização penal às peculiaridades das pessoas jurídicas, para que estas possam ser responsabilizadas.

Considerando a natureza dos entes coletivos, devem ser destacadas as teorias modernas que consideram estes entes como pessoas de direito.

Então, são as seguintes as principais teorias:

Teoria da ficção (em SAVIGNY): Um dos pontos de vista tradicionais apresentava a pessoa jurídica como uma ficção – no sentido de criação artificial e arbitrária do Direito, necessariamente não-corresponde a algo de existência real, fática.[87]

Teoria do jusnaturalismo racionalista: Localizava o fundamento do Direito na vontade humana. Esta teoria não permite que se conjecture da responsabilidade

---

87 ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**. Curitiba: Juruá, 1997. Pg. 95.

criminal da pessoa jurídica nos moldes tradicionais. Sendo esta compreendida como um recurso de fantasia, de efeitos ilusórios, úteis e válidos sobretudo no campo patrimonial.

Teorias da realidade (em OTTO VON GIERKE): Contrapondo-se à idéia ficcionista, sugere diversas correntes sustentando a realidade dos entes coletivos.

Como conseqüência da teoria anteriormente citada surge a **teoria orgânica** (da realidade objetiva ou da vontade real), que sustenta que "junto à pessoa natural, como organismo físico, há organismos sociais, ou pessoas jurídicas, que têm vida autônoma e vontade própria, cuja finalidade é a realização do fim social"[88]. Esta visão antropomórfica encontra-se ultrapassada, pois a pessoa jurídica possui peculiaridades que não se confundem com as pessoas naturais.

Teoria da instituição: As pessoas jurídicas são organizações sociais destinadas à obtenção de um fim. Os institucionalistas negam a capacidade criminal da pessoa jurídica, porém (assim como os organicistas) fornecem subsídios para a admissibilidade, à medida que reconhecem uma certa autonomia "real" à pessoa coletiva.

Por fim, a teoria normativista (realidade técnico-jurídica): O Direito tem instrumentos para "manipular" o conceito da "vontade". A abordagem normativista permite refutar o mito de uma realidade nominalista. "Pessoa jurídica" é apenas um símbolo para designar um certo fenômeno. Nesta perspectiva é possível a responsabilidade penal objetiva, crimes exclusivamente materiais, onde não se reclama o "elemento moral", da intenção.

Portanto, verifica-se que, pela teoria normativista da natureza da pessoa jurídica de Direito Privado, não se refuta totalmente a teoria da imputação subjetiva do Direito Penal, mas ao responsabilizar penalmente o ente coletivo por crimes ambientais é possível manipular, ou relativizar, a concepção da "vontade", com o fim de analisar o impacto do dano causado ao ecossistema pela atividade econômica desempenhada pelo ente coletivo.

---

88 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. 44ª edição. Editora Saraiva. São Paulo – SP. 2012.

6. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL-AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA E O DIREITO COMPARADO.

Conforme argumenta Walter Rothenburg[89], em séculos passados algumas sociedades tinham legislações que responsabilizavam a pessoa jurídica.

O autor afirma que a legalização da responsabilidade penal da pessoa jurídica pode ser observada na sociedade da Inglaterra desde o *Interpretation Act de 1889*; no Canadá, desde a promulgação do *Criminal Code* (seção II, par. 13); nos Estados Unidos, e nos Países Baixos desde 1976. Ainda, em 1981, a Noruega passa a responsabilizar penalmente a pessoa jurídica.

Walter Rothenburg também menciona que na França, por meio de seu Código Penal de 1° de março de 1994, responsabilizam-se penalmente as pessoas jurídicas, salvo em relação às de direito público. Este país já responsabilizava o ente coletivo desde 1974, várias leis foram editadas estabelecendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica, tais como a lei de defesa do consumidor (1978).

A Organização das Nações Unidas, por ocasião do VI Congresso para Prevenção do Delito e Tratamento Delinqüente, que ocorreu em Nova Iorque, em julho de 1979, recomendou a seus Estados-membros que fosse estabelecido em seus sistemas o princípio da responsabilidade penal das sociedades. [90]

O Código Penal Português, em seu artigo 11 prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica excepcionalmente, nas hipóteses elencadas no número 2 do artigo mencionado e na legislação esparsa[91], em termos:

> Artigo 11.º
>
> Responsabilidade das pessoas singulares e colectivas
>
> 1 - Salvo o disposto no número seguinte e nos casos especialmente previstos na lei, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal.

---

89 ROTHENBURG, Walter Claudius. *Opus cit*. Pg. 110.

90 SMANIO, Gianpaolo Poggio. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Disponível em <HTTP://jus.com.br/revista/texto/5713>, publicado em 09/2004, acessado em 26/07/2013, p. 08/09.

91 ARAÚJO, João Marcello Júnior. **Societas delinquere potest: revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina**. **Responsabilidade penal da Pessoa Jurídica e medidas provisórias e Direito Penal**. In: GOMES. Luiz Flávio (coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 75.

2 - As pessoas colectivas e entidades equiparadas, com excepção do Estado, de outras pessoas colectivas públicas e de organizações internacionais de direito público, são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos 152.º-A e 152.º-B, nos artigos 159.º e 160.º, nos artigos 163.º a 166.º, sendo a vítima menor, e nos artigos 168.º, 169.º, 171.º a 176.º, 217.º a 222.º, 240.º, 256.º, 258.º, 262.º a 283.º, 285.º, 299.º, 335.º, 348.º, 353.º, 363.º, 367.º, 368.º-A e 372.º a 374.º, quando cometidos:

a) Em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou

b) Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.

[...]

7 - A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes nem depende da responsabilização destes.

Ao lado da França, dentre os países de tradição românico-germânica, Portugal admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica, embora, nesse, apenas nas hipóteses previstas na lei.

Os países europeus, Itália, Alemanha, Grécia e Espanha, Não admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica, porém, possuem um "Direito Administrativo Penal, no qual as sanções são 'quase-penais', principalmente, em matéria econômica. [92]

Nestes países da *common law* (dentre eles, Inglaterra, Irlanda, Estados Unidos, Austrália, Canadá) baseados em um sistema de precedentes judiciais, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não só é tradicional, assim como, nos Estados Unidos e na Inglaterra, já vigora desde o século XIX.

João Marcelo Araújo Júnior[93] afirma que nestas sociedades:

Por isso, as corporações podem ser declaradas delinqüentes, salvo obviamente, em relação àqueles crimes que, por natureza, não lhes são adequados: adultério, bigamia, estupro... Na prática, entretanto, a punibilidade se restringe às violações à economia, ao meio ambiente, à saúde e à segurança e higiene no trabalho.

---

92 ARAÚJO, João Marcello Júnior. *Opus cit*. p. 74.
93 In ARAÚJO, João Marcello Júnior. *Opus cit*. p. 87.

Vislumbra-se, por intermédio do Direito Comparado que são muitos os países que já adotam a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Ressalta-se, nesta perspectiva, o sistema inglês. Aliás, no sistema da *common law* nunca se questionou essa possibilidade, pois sempre vigorou o princípio do *societas delinquere potest*.

7. CODIFICAÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL-AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA NO ORDENAMENTO BRASILIERO.

Segundo Walter Claudius Rothenburg[94]:

> No instante em que a necessidade social for tão evidente e os argumentos forem definitivamente convincentes, a pessoa jurídica aparecerá como delinquente com todas as letras na Parte Geral do Código. Porque a sistematização dos grandes princípios e das principais figuras de delito, estampada num livro, é o símbolo por excelência desse ramo jurídico. Quem discute a questão da sujeição penal ativa da pessoa jurídica pensa no Código; quem a defende sonha com o Código. Essa é, porém, uma perspectiva prospectiva, que olha para o futuro – um futuro cada vez menos ideal e cada vez mais próximo, a julgar pelo novo Código Penal francês.

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, estabelecendo que[95]:

> Art. 173. [...] § 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. [...]
>
> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações. [...]
>
> § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e

---

94 ROTHENBURG, Walter Claudius. *Opus cit*. Pag. 120.
95 BRASIL. **Constituição Federal**. Fonte: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso 01 dez 2013.

administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. [...]

Contudo, na legislação infraconstitucional, apenas o Código Ambiental prevê a possibilidade de responsabilizar a pessoa jurídica, no art. 3°.

A Lei n° 8.137 de 27 de dezembro de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, no Artigo 11, determina que quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos na referida lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.[96]

Verifica-se que a pessoa jurídica não pode ser agente do crime contra a ordem tributária, econômica, e contra as relações de consumo, mas apenas seria um instrumento ou meio para a prática delitiva, conforme dispositivo legal mencionado.

A Lei n° 1.521 de 26 de dezembro de 1951, que define os crimes contra a economia popular, também não prevê a responsabilização penal ativa da pessoa jurídica.[97]

Surge, então, uma dúvida – que não é o objeto central deste trabalho – sobre a responsabilização penal da Pessoa Jurídica, se esta se limitará apenas à área da “ordem econômica e financeira e economia popular” (art. 173, §5°, CRFB), e área “ambiental” (art. 225, §3°, CRFB), pois a Constituição apenas menciona estes campos, ou se poderia estender-se a outras áreas.

Walter Rothenburg entende que não, pois o constituinte apenas advertiu quanto a dois setores particularmente sensíveis à criminalidade da pessoa jurídica. Não há limitação constitucional da responsabilidade penal do ente coletivo.[98]

Este posicionamento é o mais adequado, se entender-se que o Direito Penal superou o pensamento antropocêntrico e liberal, permitindo a responsabilização do ente coletivo, pois existe previsão constitucional apenas com relação aos campos

---

96 BRASIL. **Lei Federal n° 8.137 de 27 de dezembro de 1990**. Fonte: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm> Acesso em 01 dez 2013.
97 BRASIL. **Lei Federal n° 1.521 de 26 de dezembro de 1951**. Fonte: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1521.htm> Acesso em 01 dez 2013.
98 ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**. Curitiba: Juruá, 1997.

econômico, tributário, consumidor e ambiental, pois nestas áreas há um impacto mais considerável da atividade exercida pelos entes coletivos.

O anteprojeto do Código Penal brasileiro – PLS n° 236/2012 – que tramita no Senado Federal, supera esta dúvida ao prever como proposta de alteração do atual normativo penal a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica de Direito Privado em diversas áreas, prevendo as já citadas pela Constituição Federal, a acrescentando os crimes contra a Administração Pública.

O anteprojeto determina que[99]:

> Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Verifica-se, então, uma tendência do ordenamento jurídico brasileiro possibilitar a responsabilização penal da Pessoa Jurídica também com relação aos crimes contra a Administração Pública, além daqueles já previstos na Constituição Federal.

Esta alteração legal é um grande passo para adoção de uma concepção *ecocêntrica* também no Direito Penal, área bastante atrelada ao *antropocentrismo* e *liberalismo*, como visto em tópico anterior.

8. SUPERAÇÃO DA TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO.

O entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça – STJ, sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica de Direito Privado, ainda está atrelado à Teoria da Dupla Imputação.

Segundo esta teoria, somente é possível a imputação penal à pessoa jurídica de Direito Privado, pelos crimes ambientais, se o responsável técnico, sócio

---

99 BRASIL. **PLS n° 236/2012**. Fonte: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404> Acesso em 01 dez 2013.

administrador, ou qualquer outra pessoa natural responsável pelo ente coletivo também for responsabilizado, isto é, não seria possível a responsabilização penal isolada da pessoa jurídica de Direito Privado.

Este entendimento encontra-se no seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em termos[100]:

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 38, DA LEI N.º 9.605/98. DENÚNCIA OFERECIDA SOMENTE CONTRA PESSOA JURÍDICA. ILEGALIDADE. RECURSO PROVIDO. PEDIDOS ALTERNATIVOS PREJUDICADOS. 1. Para a validade da tramitação de feito criminal em que se apura o cometimento de delito ambiental, na peça exordial devem ser denunciados tanto a pessoa jurídica como a pessoa física (sistema ou teoria da dupla imputação). Isso porque a responsabilização penal da pessoa jurídica não pode ser desassociada da pessoa física - quem pratica a conduta com elemento subjetivo próprio. 2. Oferecida denúncia somente contra a pessoa jurídica, falta pressuposto para que o processo-crime desenvolva-se corretamente. 3. Recurso ordinário provido, para declarar a inépcia da denúncia e trancar, consequentemente, o processo-crime instaurado contra a Empresa Recorrente, sem prejuízo de que seja oferecida outra exordial, válida. Pedidos alternativos prejudicados.

Pelo que se verifica, o STJ entende que a responsabilização penal da pessoa jurídica não pode ser desassociada da pessoa física, por entender que o ente coletivo não expressa vontade, sendo este elemento de responsabilização penal atributo apenas da pessoa natural (sócio administrador, gerente, responsável técnico, etc.).

Este entendimento, contudo, está superado, conforme se verificou em tópico que trata do Direito Comparado, posto que ainda está impregnado dos conceitos advindos da teoria clássica antropocêntrica e liberal, e muitos países já adotaram uma linha, que a própria Constituição Federal brasileira adota, que rompe com o *antropocentrismo*, possibilitando uma visão *ecocêntrica*.

O texto da Constituição Federal brasileira é claro ao determinar que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os

---

100 BRASIL. STJ. **RMS 37293/SP**. Relatora Min. Laurita Vaz. Quinta Turma. Julgado em 02.05.2013. Publicação/fonte: DJe 09.05.2013.

infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (art. 225, §3°, CRFB).

O texto constitucional não atrela a responsabilização penal do ente coletivo à do ente natural.

O Supremo Tribunal Federal – STF, julgando o Recurso Extraordinário n° 548.181, de relatoria da Ministra Rosa Weber, pacificando a interpretação do texto constitucional, adota entendimento divergente ao do STJ.

No acórdão que acolhe ou conhece o Recurso Extraordinário, a Corte Constitucional brasileira, entendeu que[101]:

> EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO DA PESSOA FÍSICA. Tese do condicionamento da responsabilização penal da pessoa jurídica à simultânea identificação e persecução penal da pessoa física responsável, que envolve, à luz do art. 225, § 3º, da Carta Política, questão constitucional merecedora de exame por esta Suprema Corte. Agravo regimental conhecido e provido.

A Ministra Relatora Rosa Weber, ao analisar a relevância do Recurso Extraordinário, e o disposta no §3° do art. 225 da Constituição Federal, afirmou em sua decisão que:

> Da leitura do preceito acima, em cotejo com as razões de decidir que desafiaram o extraordinário, entendo presente questão constitucional maior, qual seja a do condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação e manutenção, na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural, exigência que me parece não existir no art. 225, § 3º, da Constituição Federal.

Na análise meritória, ou no julgamento de mérito do Recurso Extraordinário acima citado, por maioria de votos, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, reconheceu a possibilidade de se processar penalmente uma pessoa jurídica,

---

101 BRASIL. STF. **AgR no RE n° 548181**. Min. Relatora Rosa Weber. Primeira Turma. Julgado em 14.05.2013. DJe-117 Divulg. 18.06.2013; Public. 19.06.2013.

mesmo não havendo ação penal em curso contra pessoa física com relação ao crime.

A decisão determinou o processamento de ação penal contra a Petrobras, por suposta prática de crime ambiental no ano de 2000, no Paraná.

Por meio do que se verifica no voto da Ministra Rosa Weber, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que adota a Teoria da Dupla Imputação, e não conhece a Ação Penal apenas contra a Petrobrás, violou diretamente a Constituição Federal, ao deixar de aplicar um comando expresso, previsto no artigo 225, parágrafo 3º.

Para a Ministra Relatora do Recurso Extraordinário, a Constituição Federal não estabelece nenhum condicionamento para a previsão, como fez o STJ ao prever o processamento simultâneo da empresa e da pessoa física.

Ela afastou o entendimento do STJ, afirmando que nem sempre é o caso de se imputar determinado ato a uma única pessoa física, pois muitas vezes os atos de uma pessoa jurídica podem ser atribuídos a um conjunto de indivíduos.

A Ministra ainda afirma que[102]:

> [...] A dificuldade de identificar o responsável leva à impossibilidade de imposição de sanção por delitos ambientais. Não é necessária a demonstração de coautoria da pessoa física [...]

Para afastar dúvidas sobre a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica de Direito Privado, independentemente da responsabilização penal da pessoa natural, o Anteprojeto do Código Penal – PLS n° 236/2012 – prevê uma proposta de alteração legal, nos seguintes termos[103]:

> Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

---

102 BRASIL. STF. **RE n° 548181**. Min. Relatora Rosa Weber. Primeira Turma. Julgado em 14.05.2013. DJe-117 Divulg. 18.06.2013; Public. 19.06.2013

103 BRASIL. **PLS n° 236/2012**. Fonte: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404> Acesso em 01 dez 2013.

> § 1º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas.
>
> § 2º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física.
>
> § 3º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes referidos neste artigo, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Vislumbra-se que a proposta de alteração legal determina a independência da responsabilização da pessoa jurídica em relação à responsabilização da pessoa natural.

O anteprojeto ainda determina penas específicas para o ente coletivo criminoso, que respeitam as peculiaridades deste.

Assim, determina a proposta de alteração legal[104]:

> Art. 42. Os crimes praticados pelas pessoas jurídicas são aqueles previstos nos tipos penais, aplicando-se a elas as penas neles previstas, inclusive para fins de transação penal, suspensão condicional do processo e cálculo da prescrição. A pena de prisão será substituída pelas seguintes, cumulativa ou alternativamente:
>
> I – multa;
>
> II – restritivas de direitos;
>
> III – prestação de serviços à comunidade;
>
> IV – perda de bens e valores.
>
> Parágrafo único. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário.

Este entendimento coaduna com as pesquisas e defesas realizadas neste trabalho, pois supera um posicionamento antropocêntrico, e permite maior

---

104 BRASIL. **PLS n° 236/2012**. Fonte: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404> Acesso em 01 dez 2013.

efetivação da responsabilização penal-ambiental da pessoa jurídica de Direito Privado, posto que a exigência da presença concomitante da pessoa física e da pessoa jurídica na ação penal esvazia o comando constitucional.

CONCLUSÃO.

Para possibilitar a responsabilização penal-ambiental ativa da pessoa jurídica de Direito Privado nos moldes do Direito Penal clássico, isto é, fundada nos conceitos de culpabilidade, considerando-se a ordem subjetiva (consciência e vontade de delinquir, capacidade de absorver a sanção criminal como uma prevenção e redirecionamento da conduta desviante), é necessário superar o entendimento liberalista (estritamente individual) e antropocêntrico, e analisar o "fenômeno" da pessoa jurídica sob uma ótica transindividualista, destacando-se a importância deste ente coletivo na sociedade, e o impacto ambiental da atividade econômico-financeira desenvolvida por ele.

Para tanto, deve-se adotar uma linha epistemológica ecocêntrica, superando-se o antropocentrismo.

É necessário ainda ressaltar as peculiaridades do ente coletivo, compatibilizando-se o conjunto de penas com as suas características e natureza.

Tendo em vista os preceitos constitucionais e a dificuldade, nos diversos processos de apuração de crimes ambientais, para a identificação da pessoa natural responsável pelo modo operacional da atividade econômica que causou o crime ambiental, também é necessário superar a Teoria da Dupla Imputação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, para viabilizar a responsabilização penal-ambiental do ente coletivo, independentemente da responsabilização da pessoa natural.

Verificam-se no atual entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF, e no anteprojeto do Código Penal – PLS n° 236/2010 – tentativas de viabilização da responsabilização penal-ambiental nos moldes propostos neste artigo científico, isto é, superando-se o liberalismo penal clássico.

Portanto, este trabalho permitiu uma reavaliação de alguns conceitos clássicos do Direito Penal, objetivando a responsabilização penal-ambiental do ente coletivo de Direito Privado de forma mais eficiente, comparando o Direito brasileiro com o de outras sociedades, além de analisar entendimentos do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Supremo Tribunal Federal – STF.

BIBLIOGRAFIA E SITES:

ARAÚJO, João Marcello Júnior. **Societas delinquere potest: revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina**. **Responsabilidade penal da Pessoa Jurídica e medidas provisórias e Direito Penal**. In: GOMES. Luiz Flávio (coord.). São Paulo: RT, 1999.

AZEVEDO, David Teixeira. **Código Penal Interpretado**. 3ª Ed. Editora Manole. São Paulo – SP. 2013

BITTENCOURT, Cézar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 12ª ed. rev. e amp. Vol. 1. São Paulo: Saraiva. v.1, 2012.

DINIZ ALVES, José Eustáquio. **Do antropocentrismo ao mundo ecocêntrico**. Fonte: <http://www.ecodebate.com.br/2012/06/13/do-antropocentrismo-ao-mundo-ecocentrico-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/> Acesso em 17 nov 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. Vol. I.

EVANGELISTA DE JESUS, Damásio, **Direito Penal – Parte Geral**, Vol. 1. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo – SP: Editora Saraiva. Vol. 1. 2012

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. **Crimes contra o meio ambiente: reponsabilidade e sanção penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999

LECEY, Eládio. **A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica.** Direito ambiental em evolução.Curitiba: Juruá, 1998.

LEITE, José Rubens Morato. BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ambiental contemporâneo.** São Paulo: Manole, 2004.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal: Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Volume 1. 5ª Edição Revista e Ampliada. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1990.

MILARÉ, Edis. **Direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. 44ª edição. Editora Saraiva. São Paulo – SP. 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Aboso. Montevideo - Buenos Aires : B de F, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial.** 9° ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – RT, 2013

ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**. Curitiba: Juruá, 1997.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Editora Método (2003) (pp. 131-196)

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**, disponível em <HTTP://jus.com.br/revista/texto/5713>, publicado em 09/2004, acessado em 26/09/2012, p. 08/09.

TRINDADE, Antônio A. Caçado. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelos dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Fabris, 1993

http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp

http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp

Idp MESTRADO

INSERÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 82/14 REPERCUSSÕES JURÍDICAS NA SEGURANÇA PÚBLICA

INSERTING THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT 82/14 LEGAL IMPACT ON PUBLIC SAFETY

Luciano Ramos de Oliveira[105]
DOI 10.11117/9788565604505.05

RESUMO: A pretensão deste artigo é analisar as repercussões jurídicas da Emenda Constitucional 82/14 no âmbito da Segurança Pública, para tanto, fazendo um recorte desta Emenda a partir da inserção do §10º no art.144 da CRFB. Essa alteração pode implicar em diversas repercussões jurídicas, sendo alguma delas no que se refere ao uso de porte de arma pelos agentes de trânsito e sua adequação com a Lei n. 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), uma definição estanque das funções fiscalizatórias e ostensivas imputada aos órgãos em análise – Departamento de Trânsito e Polícia Militar- baseada na definição de Poder de Polícia, Código de Trânsito Brasileiro e demais legislações, tendo em foco para análise o Departamento de Trânsito do Distrito Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança Pública. Poder de Polícia. Departamento de Trânsito. Porte de arma. Fiscalização.

ABSTRACT: The intention of this article is to examine the legal implications of the Constitutional Amendment 82/14 under the Public Security, therefore, making a clipping of this Amendment from the insertion of Paragraph 10 of the art.144 CRFB. This change may result in various legal repercussions, and some of them with regard to the use of firearms by traffic officers and their suitability with the Law n. 10.826 / 03 (Disarmament Statute) , a watertight definition of supervision and overt functions attributed to the organs in question - Department of Traffic Police and military- based definition of Police Power , Brazilian Traffic Code and other laws in focus, to analysis of the Traffic Department of the Federal District .

KEYWORDS: Public Safety. Police Power. Traffic Department. Firearms. Supervision.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo fazer uma breve análise sobre as repercussões jurídicas com a inserção do §10º no art.144 da CRFB feita pela Emenda Constitucional 82/14.

A análise vai se ater aos aspectos constitucionais do art.144 da CRFB e os órgãos elencados no respectivos artigos e o parágrafo 10º inserido, a partir disso, será feita de forma expositiva o que seria a Segurança Pública do artigo supracitado e seus órgãos, traçando um comparativo com o art.8º da Constituição Federal de

---

105 Estudante de Direito.

1967, que previa expressamente apenas a Polícia Federal como órgão de Segurança Pública.

Ainda neste tópico, iniciaremos uma demonstração do que seria o Poder de Polícia do Estado e sua execução com os órgãos elencados no art.144 e os que o §10º do referido artigo prevê em seu teor.

Para facilitar o estudo da Emenda supracitada, é conveniente uma discussão mais prática, neste diapasão, será citado neste trabalho como objeto de análise a partir da previsão do §10º do art.144 da CRFB o Departamento de Trânsito do Distrito Federal, sua forma de constituição como autarquia, suas competências e outras peculiaridades deste órgão. Será traçado um paralelo entre as competências do referido órgão com as da Polícia Militar, prevista no Código de Trânsito Brasileiro, e para isso, será feito, além dos aspectos jurídicos, um breve esclarecimento do Poder de Polícia conferido aos respectivos órgãos.

Portanto, qual a importância da inclusão do parágrafo 10º nos aspectos já previstos em decisões judiciais e leis infraconstitucionais, como aplicação prática do conceito de Poder de Polícia abordado pelo ramo do Direito Administrativo?

Quanto à repercussão da referida emenda o objetivo deste trabalho é expor sob as diversas óticas que esta - repercussão- se dará no âmbito jurídico, seja nas doutrinas do Direito Administrativo, seja nas legislações de trânsito e até mesmo na 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento).

Salienta-se, então, a proporção de um simples parágrafo que este ano logra no texto constitucional. Proporção jurídica capaz de refletirmos qual a intenção do legislador e quais as aberturas jurídicas vão se disponibilizar os departamentos de trânsito a partir desta previsão, podendo ser o uso de porte de armas, definição categórica das funções relativas ao código de trânsito e suas respectivas competências.

SEGURANÇA PÚBLICA DO ART.144 DA CRFB E A EMENDA CONSTITUCIONAL 82/14

No tocante à Segurança Pública e sua definição, ou melhor, conceituação, encontramos divergências quanto a isso, fato derivado de uma generalidade do termo, assim como "Ordem Pública, tranquilidade pública, salubridade pública. Por exemplo, Lazzarini associa o conceito de segurança pública ao caráter antidelitual, reduzindo aos preceitos dos códigos penais e contravenções penais. Este autor ainda especifica a abordagem quando descreve que incumbe às polícias as ações preventivas e repressivas, tutelando os direitos fundamentais (propriedade, liberdade, limitando este último direito para que não extrapole as liberdades individuais alheias) e a ordem pública. (LAZZARINI,2003)

> No Brasil, a segurança pública explanada no texto constitucional traz em *caput* no artigo que se encontra o rol de órgãos da segurança pública a seguinte afirmativa:
>
> A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (Art.144, CRFB)

Quando o texto constitucional afirma que a segurança pública é responsabilidade de todos, implica em dizer que esta função não se restringe à atuação de políticas públicas, sendo subsidiada pelas atuações do povo, o qual corrobora a segurança pública por meio de seus atos.

Ainda neste artigo (art.144) são relacionados os órgãos ligados diretamente com a segurança pública que são a polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpo de bombeiros militares. É importante destacar que segundo o voto do Ministro Eros Grau do Supremo Tribunal Federal, no que se refere aos órgãos da segurança pública, cujo rol é exaustivo (*numerus clausus*), é vedado aos Estados-membros a sua ampliação, sendo obrigados a seguir o modelo federal. (ADI 1.182, 2006)

> Portanto, como os Estados-membros tem sua atuação limitada pelo texto constitucional, convém destacar que a inserção do parágrafo 10º - inserida pela EC 82/14- estaria mais ligada à uma noção de ampliação das funções da segurança pública, e não exatamente na

> inserção dos Departamentos de Trânsitos estaduais no rol, taxativo, do *caput* do art.144. Vejamos a literalidade do texto inserido:
>
> § 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas:
>
> I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e
>
> II - compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei.
>
> (EC 82/2014)

Com base nessa emenda constitucional fica clara a permissão ou espaço de legislação aberta a instituição de órgãos ou entidade executivas e seus agentes de trânsito para manter a ordem pública e a incolumidade das pessoas e seus respectivos patrimônios nas vias públicas, diferenciando o tipo de atuação, exercendo o poder de polícia do Estado, destes para os órgãos elencados no *caput* do artigo.

Convém salientar uma visão ampla do que seria uma polícia segundo Marcelo Caetano:

> A polícia é um modo de atividade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objecto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir. (CAETANO, 1970)

O destaque oferecido na citação de Marcelo Caetano serve de aparato para discutir posteriormente sobre o que seria o poder de polícia contido no Art.144 da CRFB e sua posterior alteração com a inserção do parágrafo décimo.

Essa alteração feita pela EC 82/14 denota aquilo que Claudionor Rocha afirma em sua obra:

> A segurança pública não é “exercida” por aqueles órgãos mencionados no art.144, mas por eles deve ser “garantida”, pois a segurança pública não é uma função, mas um estado, uma situação. (ROCHA, 2011)

Ou seja, essa ampliação expressa que a garantia da segurança pública deve abranger também as vias públicas, resguardando os patrimônios e incolumidade das pessoas, quando se disserta sobre poder de polícia é uma ratificação do que afirma Claudionor Rocha, esse poder previne e preserva a ordem pública de forma ostensiva, tendo um viés assecuratório.

Usando as palavras de Paulo Sette Câmara, quando ele afirma ser uma "Defesa Social" é nada mais que a defesa do Estado e das garantias constitucionais e ocorre em 3 vertentes: a) garantia dos direitos individuais e coletivos; b) segurança pública; c) enfrentamento de calamidades. O autor ainda afirma que as instituições responsáveis pela atividade de segurança pública atuam no sentido de neutralizar, inibir ou reprimir a prática de atos antissociais. (CÂMARA, 2003)

Visto isso, podemos demonstrar uma comparação entre o art.144 da CFRB e o art.8º da CF/67:

> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
>
> I – polícia federal;
>
> II – polícia rodoviária federal;
>
> III – polícia ferroviária federal;
>
> IV – polícias civis;
>
> V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Vejamos a redação do art.8º da CF/67:

> Art. 8º Compete à União:
>
> VII – organizar e manter a policia federal com a finalidade de prover:
>
> a) os serviços de política marítima, aérea e de fronteiras;
>
> b) a repressão ao tráfico de entorpecentes;
>
> c) a apuração de infrações penais contra a segurança nacional, a ordem política e social, ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União, assim como de outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;
>
> d) a censura de diversões públicas;
>
> XII – organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente a seca e as inundações;

É verificável, uma certa constitucionalização das polícias de caráter estadual. Na constituição atual, é possível ver uma referência taxativa dos órgãos responsáveis pela garantia da ordem pública, neste caso até mesmo inseridos no art.144 § 8º, as guardas municipais são afastadas de serem consideradas órgãos de segurança pública. Nota-se uma diferença em relação a constituinte de 1967, a qual previa como órgão de segurança pública apenas a polícia federal. (ROCHA, 2011) Portanto, é possível concluir que a inclusão do § 10º no art.144 é uma ampliação de órgãos que salvaguardam a ordem pública, mas não necessariamente órgãos de segurança pública, seria o caso dos Departamentos de Trânsito nos âmbitos estaduais.

2. DEPARTAMENTOS DE TRÂNSITO E O PODER DE POLÍCIA

No que tange aos Departamentos de Trânsito o Código de Trânsito Brasileiro (lei 9.503/97) prevê as competências destes nos artigos 22 e 24, sendo expostos nestes artigos competências tipicamente administrativas.

Neste aspecto podemos analisar a instituição Departamento de Trânsito do Distrito Federal, pois reflete exatamente a alteração feita pela Emenda Constitucional 82/14. Sobre este órgão podemos ressaltar a previsão da lei número 6.296/75 que transforma o Detran- DF em autarquia, como personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira, ainda nesta lei temos a previsão no art.3º, parágrafo único, a seguinte redação: “Parágrafo único. Para o desempenho de suas atividades o DETRAN-DF articular-se-á com os demais órgãos da estrutura administrativa do Distrito Federal.” (Lei 6.296/75)

Ainda no recorte do Detran-DF podemos ressaltar a alteração do cargo de Agente de Trânsito da carreira Policiamento e Fiscalização de Trânsito passa a denominar –se Auditor Fiscal de Trânsito. (Art.7º, Lei nº 5.245/13). Portanto se verificarmos nos mais diversos dicionários é fácil constatar que um processo de auditoria é uma verificação das atividades desenvolvidas em determinada área se está de acordo com as disposições planejadas e/ou estabelecidas previamente.

Destarte, os órgãos responsáveis –visão extraída pela legislação do Detran-DF- pela determinação da disposição do §10º do artigo 144 da CRFB, possuem uma função meramente administrativa nos moldes de suas legislações constitutivas e de competências. No âmbito de atuação estatal o Detran-DF exercerá o Poder de Polícia Administrativa, uma boa definição do que seria poder de polícia é a redação dada peço Ato Complementar nº 31 , de 28 de dezembro de 1966:

> Art 78. Considera-se poder de polícia atividade administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

O viés administrativo por parte dos Departamentos de Trânsito é reafirmado pelo Código de Trânsito Brasileiro e por decisões judiciais. Importante destacarmos o texto do Anexo I do Código de Trânsito Brasileiro:

> AGENTE DA AUTORIDADE DE TRÂNSITO – pessoa, civil ou policial militar, credenciada pela autoridade de trânsito para o exercício das atividades de fiscalização, operação, policiamento ostensivo de trânsito ou patrulhamento.

> FISCALIZAÇÃO – ato de controlar o cumprimento das normas estabelecida na legislação de trânsito, por meio do poder de polícia administrativa de trânsito, no âmbito de circunscrição dos órgãos e entidades executivos de trânsito e de acordo com as competências definidas neste código.

> POLICIAMENTO OSTENSIVO DE TRÂNSITO – função exercida pelas polícias militares com o objetivo de prevenir e reprimir atos relacionados com a segurança pública e de garantir a obediência às normas relativas à segurança de trânsito, assegurando a livre circulação e evitando acidentes.

Nota-se neste anexo uma separação de poder e de função no plano fiscalizatório e ostensivo, quando o agente é civil ele lida apenas no que tange à fiscalização, já no plano ostensivo trata com a segurança pública em geral e com as normas relativas à segurança de trânsito. Ainda referente às funções do agente de

trânsito podemos analisar o que está determinado na Resolução do CONTRAN – Conselho Nacional de Trânsito n º 066, de 23 de setembro de 1988, a qual dispões sobre as infrações de competência do município, nessa temática Jorge Teza Marlon explica:

> Se analisarmos a referida resolução, notamos facilmente que as infrações em que o município atua e autua são aquelas em que o agente durante sua FISCALIZAÇÃO, justamente porque ele, o agente, não pode realizar POLICIAMENTO que é reservado aos policiais militares, são aquelas em que não há necessidade de atuação contra as pessoas (o usuário da via), ou seja, só atua sobre os bens no caso o veículo. (2012)

A jurisprudência brasileira expõe a condição de autoridade administrativa do agente de trânsito cuja legitimidade se presume *juris tantum* e também da motivação que fundamenta seus atos, vejamos:

> ADMINISTRATIVO - AUTUAÇÃO DE TRÂNSITO – EXCESSO DE VELOCIDADE ATRIBUIÇÃO DO AGENTE ADMINISTRATIVO - COMPROVAÇÃO POR APARELHO ELETRÔNICO CERTIFICADO PELO INMETRO - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE - AUSÊNCIA DE PROVA EM CONTRÁRIO - LAVRATURA EM LOCAL DIVERSO - VALIDADE.
>
> O artigo 331 do Código de Trânsito Brasileiro admitia o julgamento dos recursos de infrações pelos órgãos já existentes até a nomeação e posse dos membros das novas JARI's. A autoridade administrativa aplicou as disposições do Código de Trânsito Brasileiro, enquadrando corretamente a infração à capitulação legal, ou seja, a velocidade de 121km/h no local em que o máximo permitido era 80km/h, resultou em excesso de velocidade superior a vinte por cento, sendo, à época dos fatos, de natureza gravíssima, nos termos do artigo 218, inciso I, b, do CTB, não cabendo falar em ofensa ao princípio da legalidade. O radar que captou a velocidade em que se deslocava o veículo da autora, não possuía irregularidade, eis que foi aprovado pelo próprio INMETRO, conforme certificado acostado às fls. 121/122. A autora não comprovou a alegação de inexistência de sinalização indicativa do limite de velocidade, o que possibilitaria a aplicação das disposições contidas na alínea 'a",inciso I, do artigo 218, do Código de Trânsito. O ato administrativo goza de presunção juris tantum de veracidade e legalidade que, no caso, em nenhum momento foi afastada por meio de prova inequívoca nestes autos. Os parágrafos 2º e 3º do artigo 280 da Lei 9.503/97, que tratam da autuação de trânsito, não exigem que ela seja lavrada no próprio local, bastando que seja comprovada por declaração de autoridade ou do agente de trânsito, por aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual, assim como por reações químicas ou por qualquer outro meio tecnologicamente disponível, previamente regulamentado pelo CONTRAN. Tal circunstância é corroborada pela hipótese em que

> não seja possível o flagrante, quando o agente de trânsito relatará o fato à autoridade no próprio auto de infração.

É possível concluir que nas mais diversas fontes jurídicas existe uma diferenciação no âmbito da segurança pública a atuação dos Departamentos de Trânsito e os demais órgãos que exerce a função fiscalizatória concorrentemente, ambos utilizando o poder de polícia estatal, seja de forma administrativa, no caso dos agentes de trânsito (civis), seja nos moldes ostensivos (seria na lei os agentes militares, ou segundo a doutrina do Direito Administrativo, a polícia judiciária).

3. REPERCUSSÃO JURÍDICA DA INSERÇÃO DO §10º DA EC 82/14

Por fim, qual será a repercussão desse novo texto normativo com essa nova função de estabelecimento de ordem pública no cunho viário dentro da Segurança Pública?

Para uma autarquia como o Detran-DF quais seriam as prerrogativas de ser prevista na Constituição Federal como responsável pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas? Antes de tentarmos solucionar essa questão, o Departamento de Trânsito do Distrito

Federal tem receita própria e patrimônio próprio, redação da lei: “Art. 8º Passam a integrar o patrimônio da autarquia DETRAN-DF os bens de qualquer natureza atualmente entregues ao Departamento de Trânsito da Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal. (LEI No 6.296, de 15 de dezembro de 1975), além de ter personalidade jurídica própria e autonomia administrativa, portanto, devemos analisar qual é a repercussão para este órgão da administração pública e para os demais órgãos da Segurança Pública.

Vamos analisar a situação. Primeiramente, devemos retornar ao assunto sobre o Poder de Polícia do Estado entrando em suas duas formas, a primeira é a polícia administrativa e a segunda é polícia judiciária, importante citar Hely Lopes Meirelles e seus apontamentos:

> Desde já convém a polícia administrativa, que nos interessa neste estudo, da polícia judiciária e da polícia de manutenção da ordem pública, estranha às nossas cogitações. Advirta-se, porém, que a polícia administrativa incide sobre os bens, direitos e atividades, ao passo que as outras atuam sobre as pessoas, individualmente ou indiscriminadamente. A polícia administrativa é inerente a toda administração pública, enquanto as demais são privativas de determinados órgãos. (Polícias Civis) ou corporações (Polícias Militares) (MEIRELLES, 2004, p. 129)

A partir do conceito de Meirelles podemos concluir na doutrina do Direito Administrativo uma divisão estanque do Poder de Polícia, e trazendo isso para dentro das questões que iniciaram este tópico, ou seja, enquadrando o Departamento de Trânsito como polícia administrativa e a Polícia Militar como polícia judiciária, logo ostensiva. No “anexo I” do Código de Trânsito Brasileiro temos a seguinte redação – já abordada nesta obra-:

> POLICIAMENTO OSTENSIVO DE TRÂNSITO – função exercida pelas Polícias Militares como o objetivo de prevenir e reprimir atos relacionados com a segurança pública e de garantir obediência ás normas relativas à segurança de trânsito, assegurando a livre circulação e evitando acidentes.

Com vistas a esta previsão é possível concluir que compete à Polícia Militar, exclusivamente, a função ostensiva no que tange ao exercício desta atividade ostensiva. Logo, a Emenda Constitucional 82/14 passa a ser marco de divisão de competências, deixando bem clara que a competência fiscalizatória caberá aos devidos órgãos ou entidades executivas nos âmbitos estaduais, fato que implica sobre o que tipo de atividade, por exemplo, o Detran-DF é responsável e respectivamente a Polícia Militar, convém destacar, também, a importância da divisão de competências, inclusive, nas esferas municipais.

> Para o exercício da fiscalização, caso o Município não esteja integrado ao Sistema Nacional de Trânsito, o mesmo está impedido de exercer tal atividade, uma vez que este é um requisito integrante de tal sistema. Não fazendo parte do referido sistema, tal competência caberá aos órgãos executivos estaduais, que fatalmente delegaram as Policias Militares a incumbência da fiscalização” (MELO, 2013)

A respectiva Emenda Constitucional não retira a função ostensiva da Polícia Militar, pois só discorre no que diz respeito à educação, engenharia, fiscalização do

trânsito e demais atribuições previstas em lei. Portanto, a manutenção da ordem pública ainda recai sobre a Polícia Militar, nessa visão Diógenes Gasparini observa:

> (...) o serviço de policiamento ostensivo de trânsito, ramo da polícia de preservação da ordem pública, seja nas rodovias estaduais ou municipais ou nas vias urbanas, excetuando-se a competência da União, que é exercida pela Polícia Rodoviária Federal, cabe aos Estados-membros através de suas polícias militares, pois não é predominantemente local, dado destinar-se a coibir a violação da ordem jurídica, a defender a incolumidade do Estado , das pessoas e do patrimônio e a restaurar a normalidade de situações e comportamentos que se opõem a esses valores. (2000)

Ainda na seara de um poder ostensivo, um tema é bastante pertinente, mesmo que o Código de Trânsito Brasileiro preveja esta função, exclusivamente, à Polícia Militar, seria possível que os agentes de trânsitos – auditores no Distrito Federal- poderiam exercer esta função e ter acesso a um possível porte de arma? Com todas referências citadas acima, podemos concluir, que a função ostensiva voltada para manutenção ou reestabelecimento da ordem pública não seria possível, pois os seguintes órgãos ou entidades executivas teriam que estar previstas junto aos outros órgãos (*numerus clausus*) do art.144 (polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpo de bombeiros militares) e implicará em uma alteração nas normas infraconstitucionais. Vencida a visão de que um departamento de trânsito seja ostensivo, podemos avançar no tocante ao uso do porte de armas. Como previsto na Constituição Federal a Polícia Rodoviária Federal exerce a função fiscalizatória e ostensiva nas rodovias, dentro dos Estados e do Distrito Federal – com a inserção da EC 82/14- se dá com as polícias militares (ostensivas) e os respectivos departamentos de trânsito (fiscalizatórios). Em um caso específico, já foi realidade no Distrito Federal o uso de porte de arma por parte dos agentes de trânsito através da lei distrital 2.176/98 questionada pela ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) n. 3996 instaurada desde 2007.

> O Procurador-Geral da República propõe ação direta, com pedido de medida cautelar, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei n. 2.176, de 29 de dezembro de 1.998, e dos artigos 2º, inciso XVIII; 4º, § 4º, e 11, da Lei n. 2.990, de 11 de junho de 2.002, e do artigo 5º da Lei 3.190, de 25 de setembro de 2.003, todas do Distrito Federal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3996, RELATOR: GRAU, Eros. Disponível em:

http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1064499. Acessado em 01/10/2014.

Para que os agentes de trânsito possa ter esse direito, que na verdade é uma exceção, pois o porte de arma não é regra segundo o Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/03) é necessária a alteração do texto normativo da referida norma.

Para que se concretize a vontade por parte dos órgãos ou entidades executivas abordadas na Emenda Constitucional 82/14 dependerá de uma alteração na Lei n. 10.826/03. O primeiro passo já foi dado com o Projeto de Lei n. 3.624/08 de autoria do deputado Tadeu Filipelli (PMDB/DF) pleiteando a inclusão de mais um inciso no art.6º do Estatuto, assim como ocorreu para os integrantes das carreiras de Auditoria da Receita federal, Auditoria-fiscal do Trabalho, cargos de Auditor-Fiscal e Analista Tributário através da Lei n. 11.501/07.

Além da inclusão de mais um inciso é necessário, também, seguir o prescreve a Lei n. 10.826/03:

> Art. 10. A autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido, em todo o território nacional, é de competência da Polícia Federal e somente será concedida após autorização do Sinarm.
>
> § 1º A autorização prevista neste artigo poderá ser concedida com eficácia temporária e territorial limitada, nos termos de atos regulamentares, e dependerá de o requerente:
>
> I – demonstrar a sua efetiva necessidade por exercício de atividade profissional de risco ou de ameaça à sua integridade física;

Conclui-se, que é possível que ocorra o uso de porte de arma aos agentes de trânsito caso haja alteração infraconstitucional, seguindo as prescrições do Estatuto do Desarmamento. Lembrando que a alteração da Lei 10.826/03 não implica necessariamente a alteração da atividade fim dos departamentos de trânsito, permanecendo, ainda, com as polícias militares o caráter ostensivo para manutenção ou restauração da ordem pública, pois o porte de arma, no caso dos agentes de trânsito, seria apenas pela atividade de risco ou de ameaça à sua integridade física, atividade de risco afirma, inclusive, no art.124-A, §2º da Lei Orgânica do Distrito Federal:

> O exercício da função de inspetor e agente de trânsito é considerado penoso e perigoso para todos os efeitos legais (LODF, 1993)

É passível de conclusão que a repercussão da Emenda Constitucional se dá nas funções dos Departamentos de Trânsito e da Polícia Militar e em uma possível alteração do Estatuto do Desarmamento para atribuir aos agentes de trânsito o uso de porte de arma.

CONCLUSÃO

Buscou-se discutir a introdução de um novo texto normativo na Constituição Federativa do Brasil, sendo este (novo texto normativo) de caráter de suma importância, pois implica em discussões pertinentes no que diz à Segurança Pública.

A discussão trazida por este trabalho envolveu, também, o que seria a Segurança Pública constante na norma do artigo 144 da CRFB, e quais o traços que diferenciam os órgãos elencados no *caput* deste artigo e os que foram inseridos no parágrafo décimo. Dentro dessa discussão foi aludida uma comparação entre os textos normativos da carta magna vigente e a da de 1967, explicando suas diferenças e enquadrando no contexto da discussão.

Assim, foi possível, após a primeira análise feita na primeira parte desta obra, relacionarmos os Departamentos de Trânsito, no caso deste artigo utilizamos o Detran-DF, e suas relações com o Poder de Polícia Estatal, objeto de estudo do Direito Administrativo.

Sobre o Poder de Polícia Estatal, o objetivo desse trabalho foi dar um exemplo prático sobre a teoria do Direito Administrativo, aliando como a definição da competência do Departamento de Trânsito do Distrito Federal e da Polícia Militar, o que denota um paralelo entre Poder de Polícia de cunho administrativo e Poder de Polícia Judiciário, destacando, para tanto, os caráteres fiscalizatórios em ambas instituições e ostensivo, exclusivo, segundo Jorge Teza (2012), da Polícia Militar.

Logo após podemos diferenciar as funções e competências referentes aos órgãos executórios da legislação de trânsito e da manutenção da ordem pública, sendo a Polícia Militar e os Departamentos de Trânsito.

Por fim, chegamos à conclusão que a repercussão jurídica que ocorre com a inserção do texto normativo do §10º do art.144 feito pela Emenda Constitucional implica em diversas áreas do âmbito jurídico, por exemplo, o Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/03), as competências elencadas no Código de Trânsito Brasileiro, em seu “Anexo I”. Portanto, estas repercussões jurídicas são de bastante relevância nos estudos sobre a segurança pública no sentido do art.144 e no sentido mais geral do termo (Ordem pública).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Ato Complementar no 31, de 28 de dezembro de 1966**. Disponível em:

< Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ACP/acp-31-66.htm> Acesso em 28 setembro.2014

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro**. LEI Nº 9.503, DE 23 DE SETEMBRO DE 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm> Acesso em: 28 setembro.2014

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 19 setembro.2014

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 01 outubro.2014

BRASIL. **Estatuto do Desarmamento**. LEI No 10.826, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826compilado.htm> Acesso em: 19 setembro.2014

BRASIL**. Lei Distrital nº 5.245/13**. Disponível em: < www.cl.df.gov.br/web/guest/leis-distritais> Acesso em: 22 setembro.2014

BRASIL. **Lei Orgânica do Distrito Federal de 1993**. Disponível em: < http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=0&txtAno=0&txtTipo=290&txtParte> Acesso em: 22 setembro.2014

BRASIL. **Projeto de Lei 3.624/08**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/784615.pdf> Acesso em 28 setembro.2014

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3996, RELATOR: GRAU, Eros.** Disponível em:< http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1064499>

Acessado em 01/10/2014

CÂMARA, Paulo Sette. **Defesa social e segurança pública**. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor (coord.). A violência multifacetada: estudos sobre a violência e a segurança pública. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

FERREIRA, Sergio de Andréa. **Poder e autoridade da polícia administrativa**. In: lAZZARINI, álvaro et al. Direito administrativo da ordem pública. Forense: Rio de Janeiro, 1986. p. 205-219.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 329

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. v.1. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

MARLON, Jorge Teza. **O agente de trânsito necessita porte de arma?** (2012)

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. rev. atual ate a Emenda Constitucional 5 São Paulo: Malheiros, 2008.

Melo, Jefferson Marques de. **"Poder de polícia na fiscalização de trânsito e sua legitimidade."** (2013).

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional.** vol.único. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

Rocha, Claudionor. **"Segurança pública e seus enigmas."** Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados (2011).

RODRIGUES, Carlos Gustavo Silva. **A reestruturação de carreiras em face dos princípios da eficiência e do concurso público**. Jus Navigandi. (2008). Disponível em <http://jus.com.br/artigos/11371. Acesso em 28 setembro.2014

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Forças Policiais no Sistema Constitucional** (2003). Disponível <http://jusvi.com/artigos/694. Acesso em: 03 setembro.2014

SOARES, Letícia Junger de Castro R. **Poder de Polícia.** (2005). Disponível em: < www.pontojuridico.com/modules.php?name=News&file=article&sid=73> Acesso em: 29 setembro.2014.

VENTRIS,O. **Guarda Municipal –** poder de polícia e competência. 2. ed. São Paulo: IPECS, 2010.

SOBRE A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO PROCESSO ELEITORAL: O CASO DA POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.[106]

ABOUT THE LEGAL PROTECTION OF THE PUBLIC POLICIES OF THE ELECTORAL PROCESS: THE CASE OF PUBLIC SECURITY POLICY IN THE STATE OF RIO DE JANEIRO.

Luis Fernando de França Romão[107]
DOI 10.11117/9788565604505.06

RESUMO
O estudo parte da premissa de que políticas públicas são programas de ação governamental resultantes de um conjunto de processos que se retroalimentam e, dessa forma, têm-se pontos de conexão e produção de efeitos recíprocos entre o processo eleitoral e o processo governamental de formulação e implementação de políticas públicas. Neste sentido, a partir do programa das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) no Rio de Janeiro, o estudo aborda a seguinte problematização: as Unidades de Polícia Pacificadora cumprem a função de concretizar o que a Constituição dispôs como segurança pública? Quais os atributos jurídicos principais desse programa? Como o Direito pode programar as Unidades de Polícia Pacificadora, oferecendo instrumentos de implementação e estruturação administrativa? Como garantir e/ou instrumentalizar uma proteção jurídica das Unidades de Polícia Pacificadora dos efeitos negativos do processo eleitoral?

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas; Segurança Pública; Unidades de Polícia Pacificadora; Processo Eleitoral

ABSTRACT
The study assumes that public policies are governmental action resulting from a set of processes that feed back, and thus have become points of connection and production of reciprocal effects between the electoral process and governmental process of formulation and implementation of public policy. In this sense, from the program of the Police Pacification Units (UPPs) in Rio de Janeiro, the study addresses the following problematic: The Police Pacification Units fulfill the function to achieve what the Constitution laid out as public security? What are the legal attributes of this program? How the law can program the Police Pacification Units, offering instruments of implementation and administrative structure? How to secure and/or equip a legal protection of Police Pacification Units of the negative effects of the electoral process?

KEYWORDS: Public Policies; Public Security; Police Pacification Units; Electoral Process

---

106 Artigo elaborado como requisito parcial de avaliação da disciplina “Direito e Políticas Públicas: Fundamentos”, ministrada pela Professora Maria Paula Dallari Bucci, do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) no semestre 2014.1.
107 Mestrando em Direito do Estado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito, com ênfase em Estado e Sociedade, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República é concretizada, em grande medida, através de políticas públicas. No que tangencia a segurança pública, não é diferente, sendo, pois, efetivada através de programas de ação governamental. Ocorre, todavia, que as políticas são produtos de processos complexos que se retroalimentam e, neste sentido, sobrelevam-se o processo governamental de formulação e implementação das políticas e o processo eleitoral, pois a agenda eleitoral costuma dar os contornos e as direções da composição e do ritmo de implementação dos programas de ação.

Com efeito, há uma escassez de referências bibliográficas relativas às políticas públicas e processo eleitoral. Mesmo na Ciência Política há lacunas na literatura referente ao processo decisório e conexões eleitorais envolvendo as políticas públicas. O tema importa ser estudado também pelas categorias jurídicas, dentro do Direito do Estado, visto que há produção de efeitos jurídicos na relação entre processo eleitoral e políticas públicas.

O presente artigo objetiva analisar a recente política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, denominada de programa das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs), buscando responder se essa política pública cumpre a função de concretizar o que a Constituição de 1988 dispôs como segurança pública, destacando, igualmente, os atributos jurídicos do programa e o potencial do elemento jurídico para instrumentalizar sua implementação e estruturação administrativa, garantindo uma proteção jurídica dessa política pública dos efeitos negativos do processo eleitoral.

Assim, o presente artigo procura realizar um intercâmbio entre o direito constitucional e a ciência política em relação à política pública, processo eleitoral e segurança pública.

2. COLOCAÇÃO TEMÁTICA

A fixação de conceitos-premissas faz-se necessária para início de uma abordagem jurídica sobre políticas públicas e processo eleitoral. Neste sentido,

compreende-se, nesta abordagem, política pública nos termos propostos por Maria Paula Dallari Bucci:

> Política Pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (BUCCI, 2006, p. 39).

Dessa maneira, dentro desse conjunto de processos juridicamente regulados, destacam-se o processo governamental de formulação e implementação de políticas públicas e o processo eleitoral, visto que há pontos de conexão entre ambos, podendo-se falar em “influências recíprocas”, pois a composição e o ritmo de implementação das políticas públicas está diretamente afetado pelo calendário e pelas regras eleitorais (BUCCI, 2013, p. 146).

Com efeito, observa-se que alguns elementos inerentes à dinâmica eleitoral influenciam as políticas públicas, especialmente a amplitude e a hegemonia da coalizão da candidatura, a competitividade eleitoral, a fragmentação partidária e a aliança/oposição entre esferas de governo. Nesta perspectiva, André Borges observa que “níveis elevados de polarização política devem vir associados à instabilidade na arena eleitoral, o que, por sua vez, induz os governantes a trabalhar com estratégias de maximização eleitoral de curto prazo” (BORGES, 2010, p. 139).

No que se refere à coalizão, vale destacar que a sua amplitude e hegemonia no Estado do Rio de Janeiro durante os governos de Sérgio Cabral (2007-2010 / 2011-2014) permitiu o desenvolvimento do programa das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) sem a sua politização, isto é, a força política de seu governo permitiu isolar a pasta da segurança de ingerência política, possibilitando ao seu gestor desenvolver suas atividades sem sofrer forte influência da competição político-eleitoral, resistindo às pressões de partidos políticos e grupos de interesse,

sobretudo nas indicações políticas das autoridades policiais para cargos e movimentações do efetivo policial.[108]

Exemplo igualmente significativo da influência do elemento da dinâmica eleitoral na política de segurança pública foi a aliança verificada entre as esferas de governo, notadamente na integração entre as forças policiais e Forças Armadas para operação no Complexo do Alemão em novembro de 2010:

> Foram dois dias de reuniões, nos quais se juntaram à cúpula da Secretaria os chefes das polícias do Rio e os representantes das forças federais – um somatório de recursos, uma coalizão pouco comum pela rapidez da adesão e pela agilidade nas soluções. Tudo indicava que algo inédito estava para acontecer no Rio de Janeiro (BELTRAME, 2014, p. 16).

Nota-se que ao processo político-eleitoral podem-se atribuir efeitos positivos e negativos no que se refere à relação com as políticas públicas. Sobreleva-se como positiva a capacidade de formação/mudança na *agenda setting*, a partir da perspectiva do modelo de ciclo das políticas (*policy cycle*), uma vez que os partidos políticos podem elevar determinada questão à agenda governamental através de suas propostas de governo (CAPELLA, 2007, p. 100).

Nesta perspectiva, o Plano de Governo do candidato Sérgio Cabral em sua campanha de reeleição em 2010, no campo da segurança, apresentou propostas visando reforçar a agenda de sua gestão governamental na política de pacificação, estabelecendo quatro metas globais a serem alcançadas pela Secretaria de Segurança entre 2011 e 2014, compreendendo a consolidação da redução dos índices de homicídio doloso, roubo de veículos, roubos de rua e latrocínio, e para a consecução dessas metas globais foram definidas diretrizes estratégicas, destacando-se como prioritária a política de pacificação:

---

108 A situação é descrita por José Mariano Beltrame, Secretário de Estado de Segurança durante os dois governos de Sérgio Cabral. Em seu livro Todo dia é segunda-feira, além de iniciar com "menção especial ao governador", pois "sem sua blindagem e seu apoio incondicional, não teríamos chegado a lugar algum", narra um episódio envolvendo tentativa de ingerência política na gestão da segurança pública: "No começo do primeiro mandato, recebi o pedido de audiência de um prefeito de uma cidade importante do estado. (...) 'A única coisa com que nós estamos insatisfeitos é que o senhor tirou o meu delegado e o meu comandante'. Eu reagi: 'Tirei o seu e botei o meu'. O prefeito, incomodado, me perguntou se eu não desistiria. Respondi que não. (...) Ele retrucou, em tom de ameaça, dizendo que era da base aliada. (...) O critério de distribuição dos batalhões da PM era essencialmente político" (BELTRAME, 2014, p. 96-97).

A política de pacificação desdobra-se nas seguintes estratégias: extensão das UPPs para outras áreas conflagradas; criação de uma instância governamental para receber as demandas das áreas pacificadas; estímulo aos programas de prevenção ao consumo de drogas; avaliação periódica da política de pacificação, produção de um Plano de recrutamento; seleção e formação (núcleo comum no currículo de formação policial, elaboração de projetos de gestão de recursos, formação continuada, polícia de proximidade) e a consolidação do Sistema de Metas dos Indicadores Estratégicos de Criminalidade.[109]

Além disso, o processo eleitoral tem a capacidade de construir, apropriar-se e sofrer influência de imagens de apoio (*policy images*), desenvolvidas com base em informações empíricas e apelos emotivos, que se constituem como ideias capazes de sustentar os arranjos institucionais, permitindo que o entendimento sobre a política pública seja comunicado e disseminado entre os membros da comunidade, conforme analisa Ana Cláudia M. Capella:

A disputa para a criação de consenso em torno de uma política – ou da *policy image* – é considerada pelos autores [Kingdon, Baumgartner e Jones] um elemento crucial na luta política. Os formuladores empenham-se na construção de imagens calculando os ganhos advindos da consolidação de um determinado entendimento (CAPELLA, 2007, p. 113).

Nesse sentido, a comunicação entre Estado e comunidade sobre o entendimento da UPP foi destacada pelo Secretário de Segurança como um facilitador, pois “o bom dessa estratégia [em vez de prometer atacar o crime, prender pessoas e acabar com as drogas, nosso compromisso era retomar os territórios] é que ela era simples de explicar para a população” (BELTRAME, 2014, p. 106). No que se refere aos apelos emotivos, durante a campanha eleitoral de 2010, foram veiculados vídeos pelo candidato Sérgio Cabral com as seguintes mensagens:

Nós vamos avançar, vamos avançar e vamos terminar o segundo mandato, se eu for reeleito, sem nenhuma comunidade com poder paralelo no Rio de Janeiro. Isso é um compromisso meu com meus filhos, com a minha família, com os moradores desse Estado, comigo mesmo, com Deus. Esse é o maior legado que eu posso deixar para o Rio de Janeiro. Nada é mais importante. (...) [*Lenita Vilela, diretora*

---

109 Plano de Governo do Rio de Janeiro 2011-2014, Sérgio Cabral. Disponível em: <http://explicatudo.com/wp-content/uploads/2010/07/proposta_governo-3.pdf> . Acesso em 4 Jul. 2014.

de CIEP] É muito bom viver na paz (...) é muito bom dizer para um aluno que vai ter aula na quadra, sim. Ele vai poder jogar a bolinha dele, fazer sua aula de educação física sem ter que correr de tiro. (...) Então é muito bom viver na paz. E que Deus seja louvado por isso.[110] [*Lívia Gonçalves, moradora da Tijuca*] (...) A minha única preocupação é que isso acabe, é que a UPP vá embora. Eu tenho muito medo disso.[111]

Do mesmo modo, dados contendo informações estatísticas sobre a escala dos benefícios trazidos pelo programa das UPPs reforçavam, igualmente, durante o processo eleitoral, as imagens de apoio dessa política pública:

> As UPPs estão presentes em muitas regiões da capital. Estão integrando as comunidades e beneficiando também os bairros vizinhos. Em todo o Estado, os números da violência diminuíram e o Rio atingiu os menores índices dos últimos 20 anos. Mais de 200 mil moradores das comunidades estão vendo a sua vida setransformar com a pacificação. E outras 400 mil pessoas no entorno das UPPs, já perceberam a diferença de viver em paz.[112] Nos próximos quatro anos, as UPPs vão chegar a outras comunidades da capital (Penha, Maré, Manguinhos, Jacarezinho, Rocinha), Baixada Fluminense (Nova Iguaçu, Belford Roxo, São João de Meriti, Duque de Caxias), São Gonçalo, Niterói e às grandes cidades do interior.[113]

Como efeitos negativos do processo eleitoral em relação às políticas públicas, há o risco de ocorrer apropriação abusiva dos programas de ação durante a

---

110 Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=5l76Y8ONQC0> . Acesso em 19 Jun. 2014.
111 Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=W-w_PZ0xgVM> . Acesso em 19 Jun. 2014.
112 UPP Santa Marta: 10 mil habitantes. 33 mil beneficiados no entorno. - 37,5% roubo de veículos.
UPP Cidade de Deus: 45 mil habitantes. 135 mil beneficiados no entorno. - 65% homicídios dolosos.
UPP Jardim Batan: 45 mil habitantes. 84 mil beneficiados no entorno. - 40% homicídios dolosos.
UPP Pavão Pavãozinho: 13 mil habitantes. 56 mil beneficiados no entorno. - 84% roubo de veículos. (Copacabana)
UPP Tabajara: 13 mil habitantes. 56 mil beneficiados no entorno. - 84% roubo de veículos. (Copacabana)
UPP Babilônia: 10 mil habitantes. 53 mil beneficiados no entorno. - 84% roubo de veículos. (Copacabana)
UPP Providência: 10 mil habitantes. 22 mil beneficiados no entorno. - 16% furto de veículos.
UPP Andaraí: 18 mil habitantes. 182 mil beneficiados no entorno. - 60% homicídios dolosos. (região da Tijuca)
UPP Borel: 18 mil habitantes. 182 mil beneficiados no entorno. - 60% homicídios dolosos. (região da Tijuca)
UPP Formiga: 13 mil habitantes. 182 mil beneficiados no entorno. - 60% homicídios dolosos. (região da Tijuca)
UPP Salgueiro: 5 mil habitantes. 182 mil beneficiados no entorno. - 60% homicídios dolosos. (região da Tijuca)
UPP Turano: 18 mil habitantes. 182 mil beneficiados no entorno. - 60% homicídios dolosos. (região da Tijuca)
113 Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=AFxg3-Bg9yw> . Acesso em 19 Jun. 2014.

campanha. Convém salientar que a legislação eleitoral, especificamente a Lei nº 9.504/97, que estabelece normas para as eleições, veda determinadas condutas aos agentes públicos em campanhas eleitorais e visa resguardar as políticas públicas de uso inadequado pelos candidatos.

No que se refere a este efeito negativo do processo eleitoral em relação às UPPs, vale destacar decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro que julgou procedente a Representação nº 78-06.2013.6.19.0000 movida pelo Partido da República (PR) em face do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) e de Luiz Fernando de Souza (Pezão), Vice-Governador e pré-candidato ao cargo de Governador do Estado, em razão das inserções do PMDB no tempo da propaganda partidária terem sido utilizadas com o nítido propósito de realizar propaganda eleitoral positiva de Luiz Fernando Pezão ao induzir o eleitorado que ele implantou as UPPs, demonstrando o objetivo de destacar a figura do Vice-Governador e não as ideias da agremiação, pelo que foi determinado pela Corte Eleitoral a cassação do direito de transmissão do PMDB pelo tempo equivalente a cinco vezes ao da inserção estadual ilícita, assim como a condenação do PMDB e do Vice-Governador ao pagamento de multa no valor de R$ 25 mil cada, por inserção irregular.

Esse julgado, além de ressaltar o efeito negativo que o processo eleitoral pode acarretar sobre as políticas públicas, também demonstra a tentativa de identificação da política à pessoa do gestor, vinculando o programa de ação à pessoa que supostamente o instituiu, na contramão do rumo que as políticas públicas tendem a tomar, que é o da institucionalização para a sustentabilidade jurídico-política.

Outro caso envolvendo esse efeito negativo do processo eleitoral é a suposta negociação de UPP na Baixada Fluminense em troca da adesão do partido Solidariedade à candidatura do Vice-Governador Luiz Fernando Pezão. Em entrevista concedida a um jornal, em janeiro de 2014, o Deputado Federal Áureo, do partido Solidariedade, afirmou que o anúncio das UPPs para a região da Baixada Fluminense, realizado dias antes pela Secretaria de Segurança, só tinha acontecido por causa da negociação com o seu partido, ocasião em que disse: “Eu preciso que

minha cidade, Duque de Caxias, tenha uma UPP. Esse foi um pleito meu. O meu eleitor quer segurança. Eu preciso que a UPP em Caxias seja creditada a mim".[114]

De fato, em Duque de Caxias foi instalada uma UPP, no Complexo da Mangueirinha, em fevereiro de 2014. Porém, deve-se ressaltar que já no programa eleitoral de 2010 previa-se a instalação de quatro UPPs para a Baixada Fluminense. Se houve abuso eleitoral, restará apurado em investigação conduzida pela Procuradoria Eleitoral, contudo, esse episódio de denuncismo político à imprensa fez creditar ao deputado denunciante que a UPP naquela região foi fruto de sua negociação político-partidária. Essas são questões e arestas próprias da dinâmica eleitoral, em um período de composição de forças e formação de alianças, e expressam como as políticas públicas podem ser influenciadas e apropriadas politicamente pela dinâmica do processo eleitoral. Pôs-se, com isso, um ponto de interrogação na credibilidade da política das UPPs.[115]

Convém mencionar que a credibilidade das políticas públicas é um elemento que ganhou significativa importância e está relacionada ao nível de institucionalização do programa, com prevalência das regras pré-concebidas e redução da margem de discricionariedade dos agentes políticos, segundo Celina Souza:

> A credibilidade baseia-se na existência de regras claras em contraposição à discricionariedade dos decisores públicos (políticos e burocratas), a qual levaria à inconsistência. Além do mais, a discricionariedade gera altos custos de transação. Assim, a discricionariedade, de acordo com essa visão, seria minimizada ou eliminada, delegando poder a instituições bem desenhadas e "independentes" do jogo político e fora da influência dos ciclos eleitorais (SOUZA, 2007, p. 79).

Igualmente caracterizada como efeito negativo do processo eleitoral nas políticas públicas é a descontinuidade administrativa, no pós-período eleitoral, ocasionada em grande medida por falta de sustentabilidade político-institucional dos programas de ação. Compreende-se que a alternância no poder, embora essencial

---

114 Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/rio/deputado-afirma-que-cabral-negociou-upp-na-baixada-em-troca-de-apoio-do-solidariedade-11411048.html> . Acesso em 20 Jun.2014.
115 Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/rio/procurador-eleitoral-investiga-se-cabral-negociou-upp-financiamento-da-odebrecht-11422261.html> . Acesso em 20 Jun.2014.

ao Estado Democrático de Direito, não pode sacrificar objetivos de interesse público e, nesta perspectiva, instrumentos jurídicos, geralmente leis contendo os programas de ação, podem conciliar os princípios republicano e democrático com as demandas de estabilidade e governabilidade (BUCCI, 2002, p. 271). Para tal fim, deve-se operar a institucionalização da política pública que "sintetiza o paradoxo entre mudança e permanência, característico do governo", dando ao programa o caráter de permanência na estrutura estatal (BUCCI, 2013, p. 206).

3. SEGURANÇA PÚBLICA E PROCESSO ELEITORAL NO RIO DE JANEIRO: EXPERIÊNCIAS ANTERIORES

É o processo eleitoral de 1982 que coloca o tema da segurança pública dentro do debate político no Estado do Rio de Janeiro, pois desde 1964 não havia eleições diretas para governadores e o alegado aumento da violência, somada a estrutura estatal repressiva do regime militar, passou a ocupar lugar significativo nas agendas políticas estaduais, vez que se colocava o questionamento sobre de que forma os eventuais governos de esquerda iriam lidar com uma estrutura de segurança pública imersa na tortura e repressão (HOLLANDA, 2005, p. 18-19, 150). No campo da segurança passa a ser travado embate ideológico e o processo eleitoral culmina com a vitória opositora ao governo militar nos três principais Estados: São Paulo elege Franco Montoro, Minas Gerais dá vitória a Tancredo Neves e, no Rio de Janeiro, Leonel Brizola vence a disputa para o Palácio Guanabara.

O governo Brizola de 1983 a 1986 promove mudanças estruturais na organização policial: extingue a Secretaria de Segurança e promove a Defesa Civil, a Polícia Militar e a Polícia Civil à categoria de Secretarias de Estado; rompe com a subordinação tradicional da Polícia Militar com o Exército e a identidade policial com padrões, estruturas e procedimentos das Forças Armadas; o governador passa a coordenar o comando das polícias e adota o discurso dos direitos humanos como parâmetro operacional para incursões policiais:

> O tratamento institucional dispensado à instituição policial na primeira gestão de Brizola no Rio de Janeiro teve um forte caráter de ruptura.

> Neste período, a adoção do discurso dos direitos humanos na formulação de políticas públicas foi pioneira no Brasil e teve repercussão significativa no âmbito das corporações policiais (HOLLANDA, 2005, p. 43).

Dentro dessa mudança estrutural é incorporada ao discurso dos direitos humanos a filosofia da polícia comunitária, visando promover uma mudança cultural da própria polícia e, com isso, é implantado o Centro Integrado de Policiamento Comunitário (CIPOC), em 1983, na Cidade de Deus, cujo objetivo era substituir o Destacamento de Policiamento Ostensivo (DPO) daquela localidade. Nessa nova estrutura foram abolidas as celas para confinamento de presos e, em seu lugar, construíram-se banheiros públicos para uso comunitário, declarando-se que em vez de detidos por vadiagem, o local receberia desempregados (HOLLANDA, 2005, p. 118). A lógica que guiava a atuação do gestor era o rompimento radical com os parâmetros da Doutrina da Segurança Nacional na área da segurança pública, refutando o modelo anterior (HOLLANDA, 2005, p. 98, 119).

Ocorre que o policiamento comunitário propagado não se efetivou na prática, sendo "confinado a um universo discursivo, traduzindo-se, ao longo dos quatro anos de governo, em programas de significação reduzida e resultados pouco expressivos" (HOLLANDA, 2005, p. 152). Isso se deve, em grande medida, à falta de recursos para a área da segurança pública, visto que todos os investimentos orçamentários no primeiro governo Brizola (1983-1986) foram direcionados ao projeto de construção de escolas em tempo integral para população de baixa renda, os denominados Centros Integrados de Educação Popular (CIEPs), conduzido pelo Vice-Governador Darcy Ribeiro. A segurança pública, compreendida como "um problema que atingia fundamentalmente as classes média e alta da população", não compunha meta prioritária de um governo popular, sendo expressão dessa opção a decisão governamental de que os custos de instalação de postos policiais em bairros de classe média do Rio de Janeiro fossem transferidos a seus moradores (HOLLANDA, 2005, p. 97).

Também é nesse primeiro governo de Leonel Brizola que a principal organização criminosa, Comando Vermelho, se fortalece e ganha espaço no tráfico de drogas. Somam-se a isso os obstáculos impostos pelo governo às incursões e

operações policiais nos morros da cidade do Rio de Janeiro, cujo fundamento ideológico era a promoção dos direitos humanos, que acabou significando, para a população e os meios de comunicação, uma concessão governamental de "extraterritorialidade aos traficantes que lá se instalavam. As favelas cariocas tornavam-se o grande enclave da violência urbana", conforme ressalta Cristina Buarque de Hollanda:

> O vácuo de poder gerado pela alegada ausência da polícia nas favelas teria sido suprido pela presença massiva de agentes criminosos, que instituiriam o conjunto de normas a serem seguidas pelos moradores locais. (...) O apaziguamento da repressão policial nos morros da cidade teria permitido aos traficantes de drogas a consolidação de seu poder e a definição dos "donos do morro", expressão originária desta época (HOLLANDA, 2005, p. 129-130).

Isso tudo gerou forte repúdio da opinião pública à ideia de direitos humanos, associando o crescimento do Comando Vermelho e da violência à permissividade e cumplicidade do governo. Comandantes da Polícia Militar declaravam: "nesse governo a gente não pode trabalhar por causa dos direitos humanos" (HOLLANDA, 2005, p. 132), gerando, assim, a estigmatização destes como "direitos de bandido", sendo muito aplaudidos neste período os discursos de delegados da Polícia Civil, como Sivuca ("bandido bom, é bandido morto"), e Hélio Vígio, segundo o qual "bandido só respeita repressão. Querem fazer do policial um assistente social (...) não podemos tocar na favela", de modo que para os policiais a responsabilidade pela alta criminalidade no Rio de Janeiro se dava integralmente ao insucesso do governador na condução das polícias estaduais (HOLLANDA, 2005, p. 137).

É nesse ambiente político de elevada tensão institucional, com rivalidades internas na Administração Pública e pressão midiática, com críticas severas ao governo Brizola, que o tema da segurança pública entrou com força na agenda eleitoral do Estado do Rio de Janeiro:

> Esta polaridade entre discurso humanitário e eficiência policial foi ainda trazida ao debate público em eleições seguintes e se tornou um marco da disputa eleitoral no estado desde então. A partir desta primeira gestão Brizola, a política estadual no Rio de Janeiro inaugurou um movimento pendular em que orientações díspares para o setor da segurança pública oscilaram no poder (HOLLANDA, 2005, p. 154).

O candidato Moreira Franco (PMDB) vence as eleições em 1986 com a promessa de acabar com a violência no Rio de Janeiro em seis meses, endurece o discurso contra o crime e culpa o absenteísmo de Brizola, associado à defesa dos direitos humanos, como responsáveis pelo estado de violência. Após o governo Moreira Franco (1987-1990), Leonel Brizola volta a governar o Estado (1991-1994), tendo sido reeleito reafirmando a disposição de eliminar a truculência policial. Porém, por falta de investimentos, essas mudanças não ocorreram e as dificuldades na segurança pública já eram significativamente maiores que a de seu primeiro governo (1983-1986), pois a violência chega a proporções de descontrole total com grupos de extermínio atuando, quando ocorrem as chacinas da Candelária e de Vigário Geral em 1993. O Governo Brizola (PDT) é associado à desordem. Na sucessão eleitoral de 1994, o governador eleito é Marcello Alencar (PSDB) para a gestão 1995-1998, que volta com a política de endurecimento, reduz os sequestros e homicídios, mas aumenta exponencialmente a violência policial com a "premiação faroeste", que recompensava "atos de bravura" com gratificações incorporadas aos salários dos policiais.

O processo eleitoral de 1998 é influenciado pela "hiperpolitização da violência que transformou a criminalidade na variável eleitoral decisiva" no Estado do Rio de Janeiro (SOARES, 2000, p. 112). Após o governo do PSDB de Marcello Alencar, é eleito para o Palácio Guanabara o candidato do partido de Leonel Brizola, Anthony Garotinho, esforçando-se para defender a originalidade de sua proposta de segurança pública de um terceiro governo do PDT, mas que desta vez haveria, com os direitos humanos, o enfrentamento do crime "onde ele estivesse. Não haveria santuários vedados à presença policial, entregues ao domínio do tráfico. A polícia entraria aonde fosse necessário" (SOARES, 2000, p. 71). Percebe-se a preocupação de Garotinho em diferenciar-se de Brizola, passar a mensagem para a população de que apesar de ser uma candidatura de esquerda (PDT, PT, PSB, PC do B, PCB), enfrentaria o crime e não repetiria os erros dos governos anteriores.

No governo Anthony Garotinho (1999-2002) foi proposto o policiamento comunitário como estratégia para reforma policial e descentralização de poder na Polícia Militar, porém o controle territorial armado do tráfico de drogas impedia a implantação do policiamento comunitário que não tinha como se aplicar efetivamente

nos contextos em que havia domínio armado de traficantes, havendo um "arquipélago de áreas independentes (...) onde não vigoram as instituições democráticas, a Constituição, a lei" (SOARES, 2000, p. 268-269).

Em janeiro de 1999, início do primeiro ano do governo Garotinho, é implantado o projeto Mutirão pela Paz, visando à ocupação social e uma nova forma de presença policial na comunidade, cabendo destacar que jornais à época já anunciavam a "pacificação da favela de Laranjeiras", em referência ao bairro de localização da favela que recebeu o projeto, a Vila Pereira da Silva (Pereirão), com menos de cinco mil moradores. Esta comunidade recebeu destaque nos noticiários devido a uma ação quatro dias antes da posse de Anthony Garotinho, em que traficantes mandaram fechar o comércio da região em razão de policiais terem executado três pessoas da comunidade, o líder do tráfico e mais dois jovens. O projeto Mutirão, contudo, não foi priorizado dentro do governo e não teve continuidade por falta de estrutura administrativa:

> Apesar do êxito do Mutirão na Vila Pereira da Silva, o projeto se esgotaria em poucos meses e se reduziria exclusivamente à experiência do Pereirão. Verificamos que era impossível sustentar tantos serviços, tantas iniciativas, sem uma estrutura administrativa permanente, ainda que desburocratizada e leve. (...) Condenado a manter-se apenas na Vila Pereira da Silva, como a ilustração isolada e promissora do que seria possível fazer, no futuro, se o novo paradigma fosse aplicado em todas as grandes favelas do Rio (SOARES, 2000, p. 280, 308-309).

No governo Rosinha Garotinho (2003-2006), seu marido, Anthony Garotinho, foi nomeado Secretário de Estado de Segurança Pública e através da Resolução SSP nº 695, de 5 de julho de 2004, criou na estrutura da Polícia Militar os Grupos de Policiamento em Áreas Especiais (GPAE) nos morros Pavão/Pavãozinho, Borel, Cavalão e Vila Cruzeiro, tendo por atribuições atividades típicas de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública em áreas específicas, designadas pelo Comandante Geral, sendo o efetivo policial empregado resultante do remanejamento dos policiais existentes nas demais organizações militares, privilegiando a rotatividade de praças dos diversos cursos de formação da Polícia, sem a modificação do efetivo da Corporação e sem aumento de despesa.

Esse histórico das experiências anteriores de ocupação de territórios do tráfico serviu de base para a identificação clara do problema a ser enfrentado e para a formação da ideia diretriz da política pública das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) nos dois governos Sérgio Cabral (2007-2010 / 2011-2014). Compreendeu-se que a ocupação do Pereirão no final da década de 1990, seguida pela criação dos Grupos de Policiamento em Áreas Especiais (GPAEs) atuaram bem durante algum tempo, mas não desalojaram os bandidos e os policiais baseados nas favelas tinham que ser coniventes com o que acontecia, para sobreviverem, gerando uma relação promíscua entre policiais e traficantes, mesmo destino dos Destacamentos de Policiamento Ostensivo (DPOs) que "eram símbolos de ineficiência, além de uma central de ilicitudes" (BELTRAME, 2014, p. 106).

Assim, com a experiência acumulada dos insucessos anteriores, a nova lógica de segurança pública no Governo Cabral passaria a ser o enfrentamento qualificado do poder dos traficantes, abalando a estrutura do controle territorial, pois os crimes seriam consequências e não motivações desse controle, segundo o gestor dessa política pública:

> Se a droga é apreendida, o bandido compra mais. Se ele vai preso, em segundos já tem um substituto. Por outro lado, se perde o território, que é protegido por armas, fica vulnerável. (...) Por décadas, a lógica era colocar a polícia para prender criminosos e reprimir a venda de drogas. Essa estratégia ignorava o ambiente e as relações locais. O tráfico, por coerção, operava na mente das pessoas havia muito tempo e criara raízes. Ele mandava no território, e o crime era a consequência e não mais a motivação desse controle. Com base nessa lógica, tínhamos de desalojar o traficante do lugar simbólico de "chefe do morro" (BELTRAME, 2014, p. 81, 106).

4. UPP: A NOVA POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

De dezembro de 2008 a julho de 2014 foram instaladas 38 Unidades de Polícia Pacificadora, com previsão de alcançar até dezembro de 2014 a meta de 40 Unidades, com um efetivo de cerca de 12,5 mil policiais militares envolvidos. Suas operações abrangem 264 comunidades e tem uma escala de beneficiários de mais

de 1,5 milhão de pessoas em todas essas áreas, segundo dados divulgados pelo Programa.[116]

Com efeito, deve ser verificado se esse programa de ação pode ser caracterizado como uma política pública de segurança e, ainda, se cumpre a função de concretizar o que a Constituição dispôs como segurança pública. Neste sentido, cabe ressaltar que a Constituição de 1988 inclui a segurança dentre os direitos e garantias fundamentais, seja como direito e dever individual e coletivo (art. 5º), seja como direito social (art. 6º). Além disso, segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, a segurança prevista na Constituição possui três dimensões: (i) *estabilidade das relações jurídicas*, sendo suas principais garantias o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (ii) *previsibilidade da atuação estatal*, garantida através da legalidade; (iii) *redução de riscos*, manifestando-se como segurança pública e, neste aspecto, "o objetivo das políticas públicas de segurança não deve ser senão o de preservar um ambiente de tranquilidade que permita aos particulares desenvolver suas aspirações e potencialidades" (SOUZA NETO, 2013, p. 231).

À segurança pública foi reservado capítulo específico na Constituição, caracterizando-a como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, devendo ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas. Observa o constitucionalista brasileiro que a rivalidade de concepções de segurança pública ocorre desde a democratização do Estado, tendo passado pela Assembleia Constituinte, sendo uma centrada no combate aos criminosos, em que as favelas seriam territórios hostis que deveriam ser ocupados e, assim, a política de segurança assentada nesta concepção é formulada como estratégia de guerra. Já a outra concepção compreende a segurança pública como serviço público prestado pelo Estado, cujos destinatários são os cidadãos, e as políticas de segurança são implementadas visando à prevenção, integração com as políticas sociais, com medidas administrativas de redução de riscos e ênfase na investigação criminal.

Ainda segundo Claudio Pereira de Souza Neto, a Constituição não optou com precisão desejável por nenhuma das duas concepções, vez que prescreveu como finalidade das políticas de segurança a preservação da incolumidade das pessoas e

---

116 Disponível em: <http://www.upprj.com/index.php/historico> . Acesso em 6 Jul.2014.

do patrimônio, mas manteve uma polícia militarizada que, embora subordinada aos governadores, é força auxiliar e reserva do Exército (art. 144, § 5º). Contudo, afirma o jurista que apesar da ambiguidade, não se pode concluir que a Constituição autoriza, nem justifica, tanto políticas autoritárias quanto democráticas. O conceito de segurança pública adequado constitucionalmente é aquele que harmoniza o princípio democrático com os direitos fundamentais; dessa maneira, apenas as políticas alicerçadas em concepções democráticas são compatíveis com a Constituição, sendo, pois, segurança pública um serviço público a ser universalizado igualitariamente (SOUZA NETO, 2013, p. 1586).

Acerca das bases cognitivas da segurança pública, em uma análise dos aspectos conceituais e teóricos das políticas públicas em segurança, Cláudio Beato faz a seguinte observação:

> A concepção de políticas públicas em segurança envolve a formulação de componentes cognitivos que informam a concepção de programas a serem implementados, assim como métodos analíticos de monitoramento e avaliação de seu desempenho. Formulação de problemas, proposição de alternativas, ações e resultados são, essencialmente, questões de natureza teórica, ao passo que avaliação, monitoramento, recomendações e estruturações são de ordem técnica, que envolvem a utilização de modelos de custo/benefício, de efetividade, de eficiência e de equidade (BEATO, 2012, p. 131-132).

Disto posto, é possível observar no programa das UPPs a presença de aspectos conceituais e teóricos de uma política de segurança, além de se enquadrar no conceito de política pública adotado inicialmente para uma abordagem jurídica. Sendo a UPP uma estrutura policial militar voltada para execução de ações visando à pacificação e à preservação da ordem pública, ampliando a filosofia de polícia de proximidade, pode ser caracterizada como uma nova forma de prestação do serviço público de segurança, concretizando, assim, o que a Constituição concebe como segurança pública, pois, em última análise, as UPPs consolidam o poder estatal sobre territórios dominados por traficantes, devendo levar através desse controle estatal policial os demais serviços públicos e a presença das instituições democráticas para o exercício da cidadania nas localidades aonde são instaladas.

Idp MESTRADO

Quanto aos atributos jurídicos principais desse programa de ação, vale destacar que foi previsto inicialmente através do Decreto nº 41.650/2009 que criou, na estrutura da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, subordinada ao Comando do Estado Maior, a UPP para a execução de ações especiais concernentes à pacificação e manutenção da ordem pública nas comunidades carentes, ficando a cargo do Secretário de Estado de Segurança a edição de ato disciplinando a execução das ações especiais e estabelecendo os requisitos necessários para a lotação dos efetivos policiais nas Unidades respectivas. Esse primeiro ato administrativo que criou as UPPs concentrou a competência e os poderes decisórios no Secretário de Segurança. Ainda sem os elementos capazes de configurarem a estruturação da UPP como uma política pública de segurança, este ato normativo, com apenas dois artigos, já direcionava o órgão da Administração Pública responsável pela gestão e condução do programa, conferindo-lhe autoridade e competência na matéria.

Em maio de 2010, através do Decreto nº 42.481, visando fortalecer o programa de ação, o Governador inclui, ao Comitê Gestor do Trabalho Social do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), a responsabilidade de também "promover a articulação e ações entre os órgãos públicos envolvidos e a sociedade civil, para a consolidação das ações públicas com a implantação das Unidades de Polícia Pacificadora (UPP)". É possível verificar um esforço administrativo de integração das políticas públicas implantadas em um mesmo território, buscando uma complementaridade dos serviços públicos nas áreas contempladas com PAC e UPP.

No mês de novembro de 2010, considerando que a manutenção das comunidades já pacificadas requeria a presença do Estado não só executando ações de segurança pública, mas executando políticas sociais, foi criado no âmbito do Governo do Estado, com o Decreto nº 42.727/2010, o Programa "UPP SOCIAL", para a execução de ações especiais de promoção do desenvolvimento social em áreas pacificadas por UPPs. Ocorre que um ano depois, em novembro de 2011, sem qualquer instrumento jurídico de cooperação, o Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro, Eduardo Paes, anunciou aos meios de comunicação a municipalização da UPP SOCIAL que, naquele período, apesar da Cidade contar com treze UPPs,

somente quatro destas Unidades recebiam o programa social. A justificativa apresentada pelo Prefeito foi que “grande parte dos projetos desenvolvidos pela UPP Social dependia de o Estado falar com órgãos da Prefeitura”[117].

Poderia se cogitar que uma das intenções com essa transferência visava reforçar ações da Prefeitura, sob a administração do mesmo grupo partidário (PMDB), com as imagens de apoio de enorme sucesso das UPPs que garantiram a reeleição em primeiro turno de Sérgio Cabral. Com isso, imagens de apoio das UPPs poderiam ser exploradas também nas eleições municipais de 2012 na qual Eduardo Paes disputaria a reeleição. Para além disso, novamente o elemento da dinâmica eleitoral se faz presente impactando diretamente na política pública, notadamente quanto à aliança entre esferas de governo, expressa, inclusive, na motivação do Decreto nº 33.347, de 3 de janeiro de 2011, do Prefeito Eduardo Paes, que criou no Município do Rio de Janeiro a “UPP SOCIAL CARIOCA”, ao considerar “a necessidade de união de esforços entre União, Estados e Municípios para a garantia do sucesso das Unidades de Polícia Pacificadora”, “o papel de enorme relevância que compete à Prefeitura no âmbito da política de pacificação”, assim como “a necessidade de integrar as ações sociais e os diversos serviços públicos sob a responsabilidade da Prefeitura nas comunidades pacificadas”.

A municipalização da UPP Social sobreleva um papel importante que cumpre às prefeituras no campo das políticas públicas de segurança, que ainda é muito negligenciado, segundo Claudio Beato, pois as administrações municipais dispõem de “preciosos instrumentos de prevenção”, cabendo advertir que “prevenção do crime não se confunde com as políticas sociais genéricas que já são realizadas pelos municípios” (BEATO, 2012, p. 131).

Em janeiro de 2011 o Governador Sérgio Cabral assina o Decreto nº 42.787 dispondo sobre a implantação, estrutura, atuação e funcionamento das UPPs, tendo em vista a necessidade de regulamentar a implementação e dotá-las de estruturas e procedimentos padronizados para o desenvolvimento de suas atividades. Essa norma jurídica, aperfeiçoada dois anos depois pelo Decreto nº 44.177/2013,

---

117 Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/eduardo-paes-faz-acordo-com-sergio-cabral-upp-social-municipalizada-2842792> . Acesso em 2 Mai.2014.

coincidiu por acolher pleito dos oficiais da Polícia Militar que já haviam produzido estudos científicos com propostas e sugestões destacando a necessidade da criação de uma diretriz reguladora que pudesse estabelecer os procedimentos alusivos à implantação, organização, funcionamento, missões e objetivos da UPP, pois o oficialato da Polícia Militar do Rio de Janeiro já manifestava preocupação:

> É de se imaginar uma crescente instalação de Unidades de Polícia Pacificadora, em um processo de massificação deste tipo de policiamento. Sendo certo que se tais Unidades não estiverem muito fortemente ligadas às diretrizes que devem nortear seu trabalho, há o sério risco de se ter uma modalidade de policiamento se desvirtuando e atuando de maneira totalmente diversa da estabelecida pelos princípios de polícia comunitária. Destaque-se que já vivenciamos em nosso Estado este desvirtuamento, em circunstâncias outras (ESPM, 2010, p. 114-115).

Ainda no mês de janeiro de 2011 foi sancionada a Lei Estadual nº 5.890/2011 que estabelece critérios para a implementação das Unidades de ‘Policiamento’ Pacificadoras. Ocorre que a referida norma jurídica teve quatro artigos vetados, inclusive o que estabelecia os critérios de longo prazo a serem observados pelo Poder Público. Assim, a lei foi esvaziada de importância para a programação e estruturação administrativa das UPPs, tanto que todos os atos administrativos do Poder Executivo, posteriores à lei, não lhe fazem referência.

Convém salientar que a lei foi de iniciativa de Deputado Estadual de oposição, Alessandro Molon (PT), fundada no receio dos moradores sofrerem represália quando a Polícia Militar retirasse seus efetivos, o que poderia gerar o retorno de traficantes e milicianos. Buscou-se, dessa forma, uma alternativa legislativa para garantir a presença policial na UPP pelo tempo necessário até que se vislumbrasse a completa mudança de realidade da comunidade e a absoluta impossibilidade de retomada do território pelos criminosos.

Considerando a necessidade de coordenação e integração das diversas ações realizadas pelos órgãos estaduais em territórios com UPPs, foi instituído pelo Decreto nº 42.909/2011, o Comitê Executivo de Políticas Sociais nos Territórios Pacificados (CEPS) a fim de contribuir para a superação da fragmentação das políticas sociais visando à efetividade e à eficiência das ações, ampliando a sustentabilidade e o alinhamento estratégico das ações sociais governamentais;

promover a articulação com as políticas públicas das demais esferas de governo e iniciativas da sociedade civil; acompanhar a execução de programas intersetoriais; promover o desenvolvimento local e a redução das desigualdades sociais e ampliação dos direitos da cidadania.

No final de 2011 foi sancionada a Lei Estadual nº 6.139 criando o Fundo de Microcrédito para Empreendedores das Comunidades Pacificadas do Rio de Janeiro – FUNDO UPP EMPREENDEDOR, com o objetivo de fomentar a economia das comunidades pacificadas, por meio de financiamento orientado a micro e pequenos empreendimentos produtivos, considerados relevantes para o desenvolvimento dessas comunidades e do Estado. A lei, de iniciativa do Poder Executivo, foi regulamentada pelos Decretos nº 43.504/2012 e 43.708/2012.

Importa destacar que a estruturação mais significativa das UPPs foi realizada através do Decreto nº 44.177/2013, que considerou "o programa de Pacificação como uma das principais ações governamentais em andamento", demonstrando, assim, a seleção de prioridades dentro do processo governamental, além de ter previsto a finalidade, os objetivos, os meios para implementação, os órgãos hierárquicos, os aportes administrativos e remuneratórios para os agentes envolvidos, a classificação das Unidades, os órgãos de avaliação permanente, de monitoramento semestral quantitativo e qualitativo para subsidiar o processo decisório da Secretaria de Segurança, além de regra sobre questão disciplinar. Neste decreto é possível observar que a base normativa própria das UPPs aproveitou a estrutura antiga dos GPAEs, prevendo em um dispositivo a seguinte norma de transição:

> Art. 9º - Os Grupamentos de Polícia em Áreas Especiais (GPAE) serão transferidos para as Unidades Operacionais das AISP onde estiverem localizados, até que suas respectivas áreas sejam contempladas com UPP, quando então serão definitivamente desativados, sendo seus efetivos movimentados a critério do Comando da Corporação.

Isso confirma a análise feita por Maria Paula Dallari Bucci quando destaca que cada novo programa de ação arranja atribuições de órgãos públicos, de uma maneira peculiar, sobre uma base normativa própria, mas aproveitando estruturas antigas, criando outras e articulando-as ou rearticulando-as, conforme a orientação

governamental presente na norma instituidora que confere novo sentido (BUCCI, 2013, p. 250).

Convém assinalar que através da Lei nº 6.782/2014 foi autorizada a transferência de R$ 70 milhões do Fundo Especial da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro ao Poder Executivo para construção, conservação e/ou reforma de UPPs, de escolas em localidades onde implantadas tais Unidades, assim como para aquisição de veículos e/ou equipamentos para atendimento a tais Unidades. Essa transferência de recursos entre os Poderes só foi possível devido à forte coalizão base de sustentação do governo, que assegurou a maioria necessária para aprovação da lei. Novamente o elemento intrínseco da dinâmica eleitoral influencia o processo governamental de implementação e execução da política pública de segurança no Rio de Janeiro.

O estudo de avaliação do programa das UPPs, denominado “Os Donos do Morro”, coordenado por Ignacio Cano, apontou a “estrutura normativa muito enxuta, composta apenas de alguns decretos”, concluindo que o grau de institucionalização do programa “é bastante baixo”, além de ser “vertical, de cima para baixo, e de fora para dentro das comunidades, que não possuem muita influência na sua concepção e na sua aplicação”, sendo um projeto “que nasceu e foi se conformando a partir da experiência prática, sem formulação prévia e com um baixo nível de formalização até hoje”. Além disso, “o investimento social e econômico nas comunidades varia muito de umas para outras, sendo significativo em alguns lugares e quase inexistente em outros”, concluindo que, além da seletividade e das limitações geográficas, o programa é bastante custoso para ser estendido a todas as favelas da cidade, o que gera questionamentos acerca da sua sustentabilidade a longo prazo (CANO, 2012, p. 17-18, 175-177, 184).

Esses aspectos críticos do desenho jurídico-institucional e do funcionamento do programa de ação colocam como desafio para o Direito o exercício de um papel criativo para programar as UPPs e oferecer instrumentos de implementação e estruturação administrativa. Neste sentido, essa instrumentalização deve ser capaz de garantir uma proteção jurídica da política pública dos efeitos negativos do processo eleitoral. Ao componente jurídico cumpre essa função em relação às políticas públicas:

> A estruturação da ação é dada pelo direito, em determinado arranjo de disposições, regras e procedimentos previsíveis e definição de autoridade, com os poderes devidos, para o exercício das funções do Poder Público, destinadas à estabilidade, permanência e previsibilidade (BUCCI, 2013, p. 236).

O instrumento jurídico adequado para essa função é o planejamento, expresso em norma jurídica. Conforme análise de Gilberto Bercovici, o planejamento coordena, racionaliza e dá unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural ou casuística e, embora tenha conteúdo técnico, é um processo político, pois visa transformação ou consolidação de determinada estrutura política (BERCOVICI, 2006, p. 145-146).

Ressalta Bercovici que no Brasil “nunca existiu qualquer coordenação entre os vários setores da Administração, cuja estrutura não foi adaptada para a implementação do planejamento” (BERCOVICI, 2006, p. 147) e a confusão entre planejamento (processo) e plano (concretização) é um dos fatores dessa problemática. Da mesma maneira, a redução do planejamento ao orçamento gera a perda de sua principal característica de fixação de diretrizes para atuação do Estado, que também orienta os investimentos privados. O plano plurianual não é expressão de planejamento, no sentido estrito, pois se trata de previsão de gastos, que pode se concretizar ou não, “sem qualquer órgão de controle da sua execução e garantia nenhuma de efetividade” (BERCOVICI, 2006, p. 156-157). Cumpre observar que o planejamento é vinculante e exige motivação para sua não execução.

Pelo exposto, uma forma de consolidar o programa das UPPs, garantindo a produção de institucionalidade a partir de regras jurídicas, oferendo instrumentos para expansão da política pública, conferindo-lhe estruturação administrativa e proteção jurídica dos efeitos negativos do processo eleitoral, notadamente a descontinuidade administrativa, é a positivação do planejamento através de norma jurídica. Somente com uma estrutura institucional mais estável, que exigisse um processo mais complexo de alteração, poderia conferir segurança jurídica à política pública para produção de resultados e eficiências, garantindo capacidades institucionais para além do eco retórico dos discursos políticos que se apropriam das políticas públicas no processo eleitoral.

A positivação de um planejamento através de uma norma jurídica seria capaz de programar os meios necessários para dotar as UPPs com o que ainda lhes faltam, na visão do seu próprio gestor: projetos pioneiros, com soluções inéditas de moradia e com a adoção de tecnologias alternativas e baratas para um problema decisivo na vida dos cariocas; engajamento privado, com aporte e manuseio de recursos que não passassem pela burocracia estatal; fundo independente, para além dos limites de governos e poderes; acordos judiciais que primassem pela celeridade, sem os ritos tradicionais (BELTRAME, 2014, p. 182-183).

CONCLUSÃO

As políticas públicas de segurança no Rio de Janeiro tendem a sofrer influência eleitoral e também são capazes de exercerem peso político decisivo nas eleições. O governo Sérgio Cabral, ao adotar as Unidades de Polícia Pacificadora, reforça a autoridade estatal para retomada do controle sobre espaços geográficos, reduzindo o custo social da violência, que tantas restrições de mobilidade causavam às pessoas de áreas violentas, contribuindo, em certa medida, para o aumento da qualidade de vida dos moradores de determinadas localidades.

O sucesso instantâneo dessa política, formada fortemente com as imagens de apoio, foi devido à ocupação do Complexo do Alemão, em novembro de 2010, televisionada para o mundo inteiro. Aquele desafio – vencido com sucesso – reconstituiu a autoridade, não da pessoa do governante ou do gestor, todos transitoriamente no exercício do poder estadual, mas do próprio Estado do Rio de Janeiro, da instituição, que fez valer o comando estatal e a ordem pública, recuperando aquele território, verdadeiro quartel general do Comando Vermelho. Aquela ação trouxe credibilidade para a política pública e reforçou a agenda governamental, transformando-se em uma das principais prioridades governamentais.

Todavia, a consolidação da política pública de segurança não pode ser sacrificada pelo processo político-eleitoral, e isso traz um desafio para o Direito que pode contribuir oferecendo instrumentos jurídicos contemplando o planejamento para além do lapso temporal dos mandatos governamentais. O processo

governamental de implementação das UPPs sofre influência do processo político-eleitoral. Efeitos positivos reforçam a legitimidade política do programa de ação, contudo, a fragilidade jurídico-institucional da base legal das UPPs aponta para a possibilidade de sofrer os efeitos negativos do pós-processo eleitoral, notadamente a descontinuidade administrativa, tendo em vista uma margem significativa de discricionariedade conferida aos decisores ainda presente no programa. Vislumbra-se que a simples alteração/revogação do Decreto nº 44.177/2013, pelo Governador do Estado, no exercício de sua competência constitucional de dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública, seria suficiente para comprometer todo o programa. Entretanto, se houver um planejamento, previsto em lei, a simples vontade do governante não seria capaz de gerar efeitos sobre as UPPs, que para sofrerem alteração seria requerido um processo mais complexo, em que o contraditório se faria presente, bem como a não execução do conteúdo planejado, por ser vinculante, exigiria motivação, a ser submetida a controle.

De todo modo, é possível falar, segundo o gestor dessa política, em um legado envolvendo "a metodologia da UPP", não sendo esta uma solução, mas uma "janela de oportunidade para além da segurança pública" (BELTRAME, 2014, p. 117, 182), que precisa ser consolidada e, apesar da "crescente politização do processo de produção de políticas públicas, entendidas cada vez mais como processos complexos, atravessados por diversas dinâmicas de poder" (MARQUES, 2013, p. 24), o Direito oferece instrumentos para assegurar e proteger essa nova forma de serviço público que concretiza o que a Constituição da República dispôs como segurança pública.

REFERÊNCIAS

BEATO, Claudio. **Crime e cidades.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

BELTRAME, José Mariano. **Todo dia é segunda-feira.** Rio de Janeiro: Sextante, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico**.** São Paulo: Saraiva, 2006.

BORGES, André. **Federalismo, dinâmica eleitoral e políticas públicas no Brasil: uma tipologia e algumas hipóteses.** Sociologias, Porto Alegre, ano 12, nº 24, mai./ago. 2010, p. 120-157.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

__________. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2013.

__________. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANO, Ignacio (coord.). **"Os donos do morro":** uma avaliação exploratória do impacto das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) no Rio de Janeiro. Fórum Brasileiro de Segurança Pública / Laboratório de Análise da Violência (LAV-UERJ). Corporação Andina de Fomento (CAF). Maio de 2012. Disponível em: <http://www.upprj.com/upload/estudo_publicacao/Forum_Brasileiro_de_Seguran%C3%A7a_P%C3%BAblica_-_LAV-UERJ_-_UPPs.pdf> . Acesso em 6 Jul.2014.

CAPELLA, Ana Cláudia N. Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (org.). **Políticas públicas no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007.

ESCOLA SUPERIOR DE POLÍCIA MILITAR. **2ª Revista Científica da Escola Superior de Polícia Militar.** Rio de Janeiro: PMERJ, 2010. Disponível em: < http://espmpmerj.files.wordpress.com/2013/05/revista-cientc3adfica-da-espm-21.pdf> Acesso em 6 Jul.2014.

HOLLANDA, Cristina Buarque. **Polícia e direitos humanos:** política de segurança pública no primeiro governo Brizola (Rio de Janeiro: 1983-1986). Rio de Janeiro: Revan, 2005.

MARQUES, Eduardo. As políticas públicas na ciência política. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. (Orgs.). **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Editora UNESP; Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2013.

SOARES, Luiz Eduardo. **Meu casaco de general:** 500 dias no front da segurança pública no Rio de Janeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (org.). **Políticas públicas no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Comentários ao artigo 5º, *caput*, e ao artigo 144. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

O ACESSO À JUSTIÇA COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, PROMOÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA E RESGATE SOCIAL

ACCESS TO JUSTICE AS PUBLIC POLICY FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS, PROMOTION OF PUBLIC SECURITY AND SOCIAL RESCUE

Marcelo Dias Ponte118
Mariana Dionísio de Andrade[119]
DOI 10.11117/9788565604505.07

RESUMO

A presente pesquisa pretende demonstrar aspectos do sistema prisional, com enfoque na afirmação de direitos humanos em uma perspectiva universal de proteção aos direitos fundamentais. O estudo propõe, ademais, uma observação sobre a importância do acesso à Justiça como política pública para a efetivação de direitos e resgate social. A metodologia utilizada na elaboração da pesquisa constitui-se em um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa do tipo bibliográfica, pura quanto à utilização dos resultados, e de natureza qualitativa. Conclui-se que, quando o sistema legal decide sancionar a uma pessoa a reclusão prisional, materializada pela privação da liberdade, tal ação não deve justificar a privação da dignidade, razão pela qual o acesso à Justiça deve ser considerado como instrumento essencial à proteção de direitos. A negação injusta dos direitos humanos significa, portanto, aduz à severa violação do acesso à Justiça.

Palavras-chave: Sistema penitenciário brasileiro; Direitos humanos; Acesso à Justiça; Políticas Públicas.

ABSTRACT

This research intends to demonstrate aspects of the prison system, focusing on the affirmation of human rights in a universal perspective of the fundamental rights protection. This study proposes, moreover, an observation about the seriousness of the access to justice as a public policy for the realization of rights and social rescue. The methodology used in preparing the study constitutes on a study developed through a literature review on the type, pure as the use of results, qualitative and quantitative, and the aims, descriptive and exploratory. We concluded that, when the legal system decides to penalize a person to prison confinement, materialized by the deprivation of liberty, such action should not justify the deprivation of dignity, the reason why the access to justice must be considerate as a fundamental mechanism to the rights protection. The unfair denial of the human rights, then, means a severe violation of the access to justice.

Keywords*: Brazilian prison system; Human rights; Access do justice; Public Policies.*

---

118 Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Aluno do Programa de Pós-Graduação Doutorado em Direito Constitucional UNIFOR. Professor da Disciplina Direito Processual Civil na Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Processual Civil. Advogado.

119 Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professora da Disciplina Direito Processual Civil na Universidade de Fortaleza. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito na mesma instituição. Especialista em Direito Processual Civil. Pesquisadora do *Multidoor Courthouse System*. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/CE. Advogada.

INTRODUÇÃO

O reconhecimento quanto à existência de certos direitos que resultam, não de uma declaração legal, mas sim de uma natureza própria do ser humano, tem sofrido grandes impactos conducentes ao desconhecimento quanto à sua dimensão e eficácia, principalmente, no que diz respeito à promoção da segurança pública, proteção de garantias fundamentais e resguardo de direitos humanos.

Para a materialização de direitos humanos, torna-se necessário, inicialmente, que o indivíduo possua plena consciência sobre os direitos de que é titular, para que assim possa exercê-los e reivindicá-los, ocasião em que o acesso à Justiça se evidencia como pacto entre a letra da Constituição de 1988 e a prática da cidadania. Em muitos casos, indivíduos que não se reconhecem nos diplomas normativos, que não possuem acesso a direitos mínimos e são alijados desse conhecimento sobre as próprias prerrogativas se inserem à margem da legalidade, por vezes delinquindo, por outras associando-se à criminalidade. Em tais circunstâncias, intervém o Estado com mecanismos punitivos de controle social, que nem sempre são úteis ao que se destinam, aprofundando ainda mais o fosso entre indivíduos marginalizados e o efetivo acesso à Justiça e aos expedientes constitucionais.

O acesso à Justiça deve ser encarado como instituto complexo e generalizante, que exige a elaboração de políticas públicas hábeis à promoção da cidadania e dos primados democráticos. Conforme disposição constitucional, o acesso à Justiça possui, como uma de suas diretrizes, o redirecionamento de ações voltadas à promoção de uma cultura de paz, prevenção, enfrentamento da violência, emancipação de indivíduos na busca por seus direitos e divulgação do conhecimento relacionado aos direitos e deveres do cidadão. Nesse sentido, faz-se evidente a análise sobre a relevância do tratamento do indivíduo como ser dotado de prerrogativas e obrigações, de modo a transformar sua perspectiva de cidadania, em especial, no caso da esfera criminal, como mecanismo de promoção da dignidade humana, da segurança pública e prevenção da violência.

Para efetivar essa complexa tarefa, não basta a verificação da adesão do Estado a tratados internacionais que se propõem a garantir universalmente valores

humanos. Também não é suficiente o simples exame do texto constitucional em abstrata em busca de um rol de direitos. É preciso a consideração das circunstâncias sociais, morais, políticas e econômicas em que estão inseridos os indivíduos.

Juristas mais atentos a uma visão crítica dos direitos humanos concluem que o reconhecimento de direito por fórmulas universais impede sua realização quando inseridos em realidades sociais que não possuem as mesmas bases daquela pressuposta por esses juízos universais. Daí a necessidade de elementos concretos não só para definição abstrata desses direitos, mas também para suas realizações.

Nesse âmbito, a posição dos condenados e reclusos no sistema carcerário merece atenção diferenciada, porquanto a maior vulnerabilidade de sua dignidade lhe é inerente, sobretudo porque inserido em ambiente degradado em que o Estado se omite ou simplesmente permite o surgimento de novos laços interpessoais sem qualquer referência com a ordem jurídica externa. O preso não só deve ter preservado os demais direitos não afetados pela sentença condenatória que impôs a restrição de liberdade, como o Poder Público deve agir ativamente para adequadamente reinseri-lo na sociedade enquanto o mantém sob custódia. Para tanto, é preciso que os direitos humanos sejam compreendidos e efetivados considerando essa realidade.

O acesso à Justiça, em uma perspectiva ampla, na qualidade de garantia fundamental, é instrumento hábil a viabilizar essa proteção adequada, pois permite a exposição dos elementos reais que devem ser enfrentados pelo magistrado responsável pela execução penal, além de possibilitar maior compreensão quanto à dimensão dos direitos e deveres do indivíduo, incluindo-o de maneira integrativa e gerando possibilidades de resgate social. O presente artigo tem por objetivo apresentar o quadro geral a ser considerado no Brasil e qual a perspectiva teórica adequada para conceber os direitos humanos hábeis a solucioná-la, enfatizando os elementos sociais que interferem diretamente na definição/efetivação dos direitos humanos do preso e analisando a possível elaboração de políticas públicas de acesso à Justiça.

1 QUESTÕES DE SEGURANÇA PÚBLICA: ENTRE O PODER COERCITIVO DO ESTADO E A ATUAÇÃO FALÍVEL DAS INSTITUIÇÕES

Os problemas apontados como causas da violência, que ensejam, inclusive, a elaboração de políticas públicas voltadas à redução da criminalidade, talvez convirjam, em sua maioria, para o seguinte aspecto: a falta de preparo de um sistema prisional capaz de transformar indivíduos, de torná-los aptos à ressocialização. A realidade prisional revela que a defesa dos direitos individuais não chega a todos os locais, e, mais ainda, não possuem a mais vaga presença em espaços cuja política social é absolutamente escassa. Consequência natural dessa condição é a crescente violação de muitos dos direitos essenciais de cada indivíduo, repressão, desigualdades abissais e falta de conhecimento sobre as mínimas condições de proteção à dignidade.

A maior causa, pelo que é possível constatar, tem espaço em uma triste sequência de violações, uma vez que, mesmo de maneira aviltante, é necessário conceber um sistema que, muitas vezes, não comporta as condições mínimas para receber membros expulsos de uma sociedade para viver em outra, paralela e encarcerada. Nesses espaços, cuja manutenção das necessidades mais básicas do ser humano não são atendidas, o cidadão pode deixar de ser capaz de detectar qual ou como seu direito está sendo violado, desconhecendo, não raro, a possibilidade que lhe assiste quanto à correspondente reparação judicial.

1.1 O poder coercitivo do Estado

O fundamento da justiça penal insiste que o dano causado deve ser repreendido com a aplicação de punição proporcional à gravidade da falta cometida. Por motivações éticas e morais, a punição passou a deter um caráter não apenas sancionatório, mas também restaurador de conduta, acrescendo à pena uma função social, reparadora. Ao invés de servir ela à marginalização definitiva do criminoso, deve oferecer mecanismos capazes de reintegrá-lo à sociedade.

Se um delito é cometido, se é razão fundamental para o encarceramento, resta evidente a necessidade de um sistema que proporcione a reabilitação, com meios que sinalizem, para o infrator, novas possibilidades de recondução de sua vida. Não que ocorram crimes apenas pela falta de igualdade relacionada à justiça social, visto que muitos delitos não são justificados por razões sociais, mas sim, pela motivação psíquico-social.

Entretanto, a realidade prisional ainda se encontra distante do ideal. A ação humana, cheia de subjetividade quanto à intencionalidade do agente que pratica o delito, compreende uma reação capaz de retroceder a manifestação negativa e desestimular novas práticas ilícitas. Mas a punição deve guardar em si a condição de reeducar, adentrando a esfera do injusto quando deixa de aplicar a pena a quem deliberadamente delinquiu, mas, ainda mais injusto, quando se sobrepõe ao indivíduo e atinge seus direitos mais essenciais. (BARBOSA, 1984).

Os esforços para a concretização do princípio da dignidade humana são consideráveis, tanto na seara normativa quanto no contexto prático, valendo-se tal fato de uma dificuldade material e sociocultural em se conceber o respeito a esse primado. (MENDES, 2007, p. 144). Conforme Paulo Bonavides (2003, p. 233):

> Toda a problemática do poder, toda a porfia de legitimação da autoridade e do Estado no caminho da redenção social há de passar, de necessidade, pelo exame do papel normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.

Todo ser humano, em virtude de sua dignidade, tem direito ao respeito e consideração no que concerne à própria condição de pessoa, não podendo ser violado em seus direitos nem ter suas prerrogativas sacrificadas ou relativizadas, mesmo que para preservar a dignidade de terceiros. Não há como fazer distinção sobre a dignidade de um indivíduo ou da sociedade, visto que, sem a proteção da dignidade de um único cidadão, este princípio resta comprometido no seio de toda a comunidade, principalmente por tratar-se o homem de um ser social.

1.2 Das instituições prisionais brasileiras: o que deu errado?

O conceito de prisão consiste na retirada da liberdade daquele que foi condenado por sentença judicial pela prática de uma conduta típica e ilícita, presente como figura penal. É a prisão resultante de uma sentença condenatória transitada em julgado, como consequência da decisão judicial que reconhece que o acusado foi o autor do crime, devendo, assim, cumprir a pena estabelecida na lei no estabelecimento prisional adequado.

Entretanto, a teoria se perde ante ao infeliz confronto com a realidade do sistema prisional. Não apenas o brasileiro, visto que tantos outros são os países que albergam em suas estruturas estatais peças corroídas de um mecanismo que ainda não encontrou saída para que o encarceramento de indivíduos seja evento menos danoso ao reeducando e à própria sociedade, que o expurgou de diversas formas. As instituições prisionais, não raro, apresentam uma inconteste falta de condições de habitação ou coexistência. Muitas vezes na condição de depósitos humanos, alguns presídios sobrevivem de qualquer vestígio de interesse público, que os mantém sob circunstâncias que variam entre o deplorável e o inaceitável, tanto para detentos quanto para agentes penitenciários, cujo preparo profissional, em número considerável, deixa a desejar, principalmente, no que tange ao ainda presente ranço da corrupção, adotada, muitas vezes, para garantir a recepção de rendimentos superiores aos proventos institucionalmente percebidos.

Nessas circunstâncias, a própria condição humana pode atravessar momentos de dúvida, pois tantos são os direitos violados quanto são carentes as possibilidades de defesa de interesses dessa classe de pessoas propositadamente esquecidas ou renegadas pela sociedade. Homens e mulheres são aglomerados aos montes em espaços indignos, revelando não apenas uma grave falha do sistema, mas, em assustadora escala geométrica, o espelho da irreversibilidade do mau tratamento destinado a esses indivíduos.

Superlotação, fugas, práticas de tortura, rebeliões, violência sexual, assassinatos, diversas modalidades de descumprimento da Lei de Execuções Penais etc. É toda uma sorte de eventos que compromete, ainda mais, a visão sobre

o sistema prisional, que convive hoje com o profundo esquecimento e falta de compromisso com os que neles estão detidos, não apenas padecendo em punição privativa de dignidade, mas, conforme se denota a partir de depoimentos de reeducandos de diferentes origens, perecendo nos porões da covardia. Assim, a punição ganha caracteres mais drásticos, que diferem do real propósito para o qual seria adequado.

> A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada ao seu exercício. (FOUCAULT, 2007, p. 13).

É essencial a participação da comunidade e de seus integrantes no exercício de vigília em relação aos assuntos de interesse coletivo, em especial, do jaez aqui tratado, para reafirmar um compromisso de mudança social e fazer dos cidadãos partícipes dos processos de modificação e mobilização social. Mas, principalmente, é necessário o desenvolvimento de ideias que concebam uma conduta inovadora no que se refere à articulação de políticas e ações afirmativas voltadas à proteção do princípio da dignidade humana como mecanismo de resguardo do indivíduo e da emergência de uma nova perspectiva de enfrentamento à violência nas unidades prisionais.

2 PELA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O evidente conjunto de falhas que tem cercado muitos exemplos na Administração Prisional brasileira se apresenta, principalmente, nos problemas que envolvem as garantias e proteção aos direitos humanos. O próprio Estado Democrático de Direito aduz a uma construção democrática, que resta prejudicada quando os indivíduos sob a égide do sistema penitenciário não são devidamente resguardados.

Idp MESTRADO

Considerando a existência de um patamar muito específico de construção social, a democracia, nos moldes atualmente formatados, propõe uma relação de convívio entre cinco elementos interdependentes: Soberania popular; estruturação e organização do Estado por meio de Poderes independentes e harmônicos entre si; jurisdição constitucional; reconhecimento, positivação e concretização dos direitos humanos; confluência da ordem econômica com a ordem social.

A concretização de direitos humanos se faz necessária não apenas como elemento normativo, mas como alcance real de salvaguarda a elementos mínimos de convivência dos cidadãos e que considera a semântica que envolve a concretude dos direitos humanos proposta pela Constituição de 1988. Sobre o tem, importa considerar:

> Os direitos humanos encontram um lugar desconfortável no texto da lei, nacional ou internacional. Na medida em que se tornam discurso jurídico positivado e se juntam ao cálculo da lei, à tematização e à sincronização, eles compartilham o intento de sujeitar a sociedade a uma norma única e dominante, que necessariamente viola a demanda de justiça. Mas, ao mesmo tempo, eles representam a promessa de uma justiça sempre ainda por vir [...]. (DOUZINAS, 2009, p. 373).

O respeito aos indivíduos consiste em pressuposto para os sistemas democráticos, cuja principal finalidade remonta à edificação de direitos – em especial, direitos humanos – enquanto as garantias amparam o exercício dessa ordem de direitos.

O papel dos Governos na proteção aos direitos humanos, por exemplo, não tem sido cumprido com excelência e é sabido que a própria legislação interna, sem o peso das determinações políticas e sociais, não é eficaz como enuncia seu texto legal. “O maiores crimes da e contra a humanidade foram conduzidos em nome da nação, da ordem ou do bem comum, e não há qualquer evidência convincente de que isso possa chegar ao fim [...]” (DOUZINAS, 2009, p. 140). Torna-se urgente a construção de meios úteis e definitivos na consolidação dos direitos humanos[120],

---

120 Em 1948, as Nações Unidas erigiram, como seu eixo ideológico, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ratificada por quase todos os seus membros. [...] Como a maioria dos governos baseou sua política externa em uma visão dita realista das relações entre Estados, não houve quase nenhuma ação intergovernamental que se possa dizer que reflita essa preocupação com os direitos

como elementos essenciais para a construção de uma sociedade real. Sobre o tema, importa considerar:

> Isso justifica, ao mesmo tempo, a defesa dos direitos humanos dos chamados inocentes e a exploração material a que os fortes se consagram. É uma doutrina materialmente ambígua. Ela ataca os crimes de alguns e passa por cima dos crimes de outros, apesar de usar critérios de uma lei que se afirma natural. (WALLERSTEIN, 2007, p. 60).

A proteção aos direitos humanos, universalmente considerados, deve receber novos relevos e diferenciada exegese quando o contexto envolve diferentes sistemas jurídico-positivos de diferentes países, visto que a interpretação de cada norma – mesmo que o resguardo jurídico recaia sobre o mesmo tema – depende do amadurecimento legal e, principalmente, exige que as condições circundantes[121]sejam consideradas, observando-se a pretensa unidade operacional do direito como consequência de um sistema jurídico consolidado em princípios democráticos.

Conforme entendimento de João Baptista Herkenhoff (2000, p. 33), a história da cidadania constitui "a própria história dos direitos humanos e a história das lutas para a afirmação de valores éticos como igualdade, liberdade, a dignidade de todos os seres, sem exceção, a proteção legal dos direitos [...] a democracia e a justiça".

Há de se considerar, assim, que as estruturas dos institutos democráticos podem restar comprometidos quando não se supõe um patamar mínimo de respeito aos direitos humanos e garantias adquiridos como resultado de intensas lutas sociais[122]. Não se trata da defesa por uma pretensa atuação paternalista por parte do Estado, amparo a medidas autoritárias e castradoras da liberdade, tampouco uma apologia à desconsideração de que o indivíduo é capaz de zelar pelo seu

---

humanos, embora a violação da Declaração tenha sido regularmente invocada como propaganda de um governo para condenar o outro. (WALLERSTEIN, 2007, p. 42-43).

121 A terminologia utilizada refere-se às variáveis presentes na consecução do sistema de normas presente em cada país. "Por isto pode ser, ao extremo, muito difícil, em certas sociedades, falar de unidade operacional do Direito, sobretudo se nelas ainda existem condições extrajurídicas que tendem a sabotar a própria existência e funcionalidade de um Estado de Direito [...]". (ALBUQUERQUE, 2010, p. 68).

122 "Não há poder estável sem legitimidade, sem apoio mínimo da sociedade ao qual ele é imposto". (BRESSER-PEREIRA, 2004, p. 5). Portanto, nada mais pernicioso para a democracia que a passividade cega dos cidadãos. (PUTNAM, 1996).

melhor interesse; mas, sob a visão da realidade efetiva das coisas, tornar-se-ia mais difícil a luta pela materialização de prerrogativas do cidadão se este ainda permanece alheio à existência de direitos, distante da consciência sobre a própria condição de cidadão. Se o indivíduo não possui, de fato, direitos humanos em sua plenitude, garantidos social e politicamente[123], nem mesmo à liberdade terá direito, pois dela necessita para a consciência da participação política para a mudança de seu panorama social.

A existência de um sistema de proteção aos direitos humanos constitui um forte argumento em favor da legitimidade de um ordenamento jurídico e reforça a obrigação de obediência do Estado e de suas instituições a seu respeito, sem negar o necessário controle social punitivo realizado pelo sistema prisional, criado justamente para tentar manter um equilíbrio mínimo da ordem social e convivência pacífica entre homens, mas admitindo a crise de um sistema que tem falhado no controle de suas instituições. (BREMAUNTZ, 2009).

Entretanto, o controle coercitivo tem se mostrado desproporcional e mal realizado, uma vez que se tem um reduzido número de Políticas Públicas de dimensão nacional, abrangendo todos os Estados e categorias de Policiais Civis, Militares e Agentes Penitenciários que incontestavelmente fazem parte da Segurança Pública. Ademais, o sistema prisional, de modo geral, não possui preparo para manter políticas de ressocialização, tampouco promover o resgate social dos indivíduos sob sua égide. É necessário assumir a responsabilidade de mudar definitivamente a imagem negativa do sistema penitenciário brasileiro, mas, antes, torna-se vital reduzir os números da violência e da exclusão social.

123 “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. (BOBBIO, 2004, p. 43).

3 ACESSO À JUSTIÇA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA

Com exposto, há várias dimensões materiais que demandam uma postura atenta no trato dos direitos humanos, sobretudo dos detentos. Defendemos, aqui, que o espaço próprio para o trato dessas particularidades é o devido processo legal viabilizado por um amplo acesso à Justiça por parte dos reclusos.

A estrutura dialética do processo, em que se garante os meios inerentes ao contraditório e à ampla defesa, autoriza que esses elementos materiais sejam postos a tona, bem como permite um *status activus* de exigir tratamento a eles adequados.

Em razão da função concretizadora dessa garantia processual, ressalta-se seu papel na ordem jurídica, pois, juntamente com Paulo Bonavides, entendemos que “sem as garantias constitucionais os direitos contidos e declarações formais, caíram no vazio das esferas abstratas, ou perderiam o fio institucional de contato com a realidade concreta, aquela que deverá propiciar em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas”. Logo em seguida arremata:

> De nada valeriam os direitos ou as declarações de direitos se não houvesse pois as garantias constitucionais para fazer reais e efetivos esses direitos. A garantia constitucional é, por conseguinte, a mais alta das garantias de um ordenamento jurídico, ficando acima das garantias legais ou ordinárias, em razão da superioridade hierárquica das regras da Constituição, perante as quais ser curva, tanto o legislador comum, como os titulares de qualquer dos Poderes, obrigados ao respeito e acatamento de direitos que a norma suprema protege. (2000, p. 483)

É nesse momento que a doutrina se apercebe da distinção entre direitos e garantias, bem como destaca a importância destas para aqueles. Paulo Bonavides (2000, p. 488) escreve que a garantia existe sempre em face de um direito que demanda proteção e de um perigo que deve esconjurar. Bem coloca o autor:

> Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que

> possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se. (BONAVIDES, 2000, p. 488)

Assim, os direitos humanos e o tratamento do indivíduo como sujeito de direitos conquanto não dependam de reconhecimento pelo Estado, por não serem concessões suas, demandam dele uma adequada preservação. São direitos inerentes à condição humana, mas que exigem observâncias das interferências regionais.

São conquistas históricas que refletem o ideal comum da sociedade e devem ser asseguradas pelo Estado de Direito, que envolvem desde o direito à vida, à liberdade e à igualdade, até o direito à saúde, educação e ao meio ambiente saudável. A consolidação da cidadania, em sua forma plena, deve ser o fator principal da criação de uma cultura em direitos humanos. Importante salientar o pensamento de José Afonso da Silva (2000, p. 124):

> O certo, contudo, é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.

O respeito aos direitos humanos impõe uma adequação do sistema jurídico e social para assegurar a efetividade no gozo dos mesmos, eminentemente, o sistema jurídico penal, que trata das questões mais pulsantes dentro do contexto de sociabilidade do indivíduo, acompanhando uma linha tênue entre o cumprimento de pena com a privação da liberdade e o cumprimento de pena com a privação da dignidade.

É necessário pensar o acesso à Justiça como política pública capaz de promover os direitos humanos e a inclusão do apenado, visto que sua inserção social é consequência de sua condição humana. O Brasil, nas últimas décadas, tem implantado políticas públicas decorrentes da teoria norte-americana sobre o conceito

de ações afirmativas ou discriminações reversas, ou seja; adoção de meios para se promover a redução de desigualdades por intermédio da construção de um patamar mínimo de igualdade material, que pode ocorrer por meio da atuação estatal e/ou pela intervenção de instituições.

A adoção de políticas públicas em uma sociedade de classes se constitui em um mecanismo para que se alcancem direitos fundamentais constitucionalmente previstos, indicando um rumo para a estrutura social ideal. Mas se trata de uma questão bem mais profunda, que exige uma análise jurídica, política e filosófica sobre a desigualdade de condições, justamente para que as políticas públicas não sejam consideradas um mero elemento de redução de riscos sociais. Políticas públicas devem conter em sua essência a participação popular, legitimando ações e construindo a identidade entre as ações praticadas e as reais necessidades dos indivíduos. O presente estudo propõe uma análise sobre o possível caráter emancipatório das políticas públicas, que ressignificam o olhar sobre a cidadania e seu real alcance. Sobre o tema, ressalte-se:

> As políticas públicas de ação afirmativa são iniciativas de ordem governamental e não-governamental com a finalidade de adotar medidas que visem à equidade de tratamento entre pessoas que ocupam posições desiguais. Essas ações promovem um tratamento diferenciado a certos grupos que estejam em desvantagem de condições e oportunidades sociais em relação a outros grupos. Preveem, portanto, que seja alcançado o equilíbrio nas relações sociais entre os diversos grupos da sociedade, colocando-as em mesmo patamar de igualdade e de oportunidades. (WOLKMER, VIEIRA, 2008, p. 148).

Aqui, se propõe a elaboração de políticas públicas de acesso à Justiça para a redução da violência e suporte para a segurança pública promovida pelo Estado, como elemento complementar à promoção de direitos humanos, considerando a sociedade e indivíduos excluídos. A perspectiva não é o aumento de aparato policial, tampouco a renovação de mecanismos coercitivos, mas sim, modalidades de acesso à justiça capazes de incluir o cidadão e reduzir a violência em suas origens, além de verificar, com o cuidado necessário, a situação do preso.

É incontestável a existência de um número ainda considerável de prisões arbitrárias, sem base legal ou que, por deficiência do sistema jurídico, levam ou

mantém na cadeia quem não precisaria ficar preso, além do fato de que muitos presos esperam longos prazos para ser ouvidos por um juiz e, além disso, têm dificuldades para serem atendidos por um defensor público, pelo próprio número reduzido desses profissionais essenciais ao acesso à Justiça.

É preciso que haja uma mudança drástica de mentalidade quanto à cidadania do indivíduo preso. Deve haver uma melhoria no sentido de aplicar de forma eficiente as penas alternativas, de maneira a propiciar a reinserção do apenado ao seio social. Considere-se ainda a problemática da reinserção e a prática da prisão como principal pena aplicada pelas autoridades, em vez de penas alternativas que poderiam ter maior nível de sucesso na reconstrução da cidadania do apenado.

A consolidação da cidadania e do respeito ao indivíduo, em sua forma plena, deve ser o fator principal da criação de uma cultura em direitos humanos, restando evidente a importância dada pela Constituição de 1988, que também passa pelos aspectos da facilitação do acesso à Justiça da população mais carente, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana.

Para realizar a definitiva implementação de uma política pública de acesso à Justiça eficaz e generalizante, capaz de produzir resultados para a segurança pública, reduzir indicadores de violência e reincidência, garantir direitos humanos e promover a justiça social, torna-se necessária a participação conjunta de Secretarias Estaduais de Reforma do Judiciário, Defensoria Pública, Poder Judiciário, Ministério Público, Sociedade Civil, Conselho Nacional de Justiça, Departamento Penitenciário Nacional e o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

A elaboração de políticas públicas para o acesso à justiça de forma ampla exige o fortalecimento de Núcleos Especializados da Defensoria Pública, coordenados por defensores públicos com dedicação exclusiva; ampliação da atuação das Secretarias Estaduais de direitos Humanos; parcerias entre instituições para a promoção de cursos voltados à educação cidadã; informatização e compilação de banco de dados da situação prisional para a elaboração de diagnósticos e estatísticas; articulação de empresas para o reingresso no mercado de trabalho para os egressos do sistema prisional; atendimento pessoal dentro das unidades prisionais em substituição à mera entrada para análise processual;

contínua fiscalização do Conselho Nacional de Justiça, Ordem dos Advogados do Brasil e Tribunais Estaduais para garantir maior agilidade nos procedimentos judiciais; humanização das práticas jurídicas e ampliação dos projetos voltados ao empoderamento humano patrocinados pelo PRONASCI – Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania para regiões de comprovada vulnerabilidade social.

O aparato estatal, sob esta perspectiva, deve oferecer mecanismos com a possibilidade de ampliação do acesso à Justiça, não somente por meio da busca ao Judiciário, mas com a efetiva divulgação e inserção dos direitos básicos do cidadão, colaborando com a transformação da realidade social em seus mais diversos contextos.

Um dos objetivos do Estado Democrático de Direito, postulado constitucional, refere-se à redução das desigualdades sociais, não podendo qualquer unidade da Federação esquivar-se na promoção das ações necessárias para sua concretização. Sobre o assunto, enuncia Cleber Francisco Alves (2004, p. 24):

> De nada adianta assegurar a observância do processo democrático na fase de produção do Direito se as autoridades encarregadas de interpretá-lo e de executá-lo não estiverem comprometidas com a realização da vontade popular, presumidamente latente no preceito estabelecido pela norma jurídica.

Corroborando com o mesmo entendimento afirma Mauro Cappelletti (1988, p. 12): “O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. É uma referência à justiça social, que está além do ambiente forense e que implica em resultados produzidos pelo sistema jurídico de forma a se efetivar a promoção de uma ordem jurídica produtora de igualdade política e social entre os indivíduos.

É de essencial relevância reconhecer o acesso à Justiça como elemento de importância capital para o desenvolvimento social, visto que o cidadão, conhecedor de suas prerrogativas e responsável por seu poder de decisão[124], tende a buscar a

---

124 A liberdade do indivíduo depende de sua ação, de sua noção quanto ao papel que desempenha no contexto social, quanto à importância que recai sobre a materialização de direitos. O homem pode

efetivação de seus direitos. Cinthia Robert e Elida Séguin (2000, p. 180) entendem sobre o acesso à Justiça como forma de proteção jurídica que:

> É de grande relevância, não só jurídica, mas também moral, política e social, que o Estado cumpra suas responsabilidades para com a sociedade, seja ela carente ou não, facilitando o acesso da mesma à justiça. O auxílio aos profissionais do Direito, dando-lhes dispositivos legais e justos, para que possam exercer seus mandatos de maneira ilibada, cumprindo o princípio da igualdade de oportunidades perante a lei, como verdadeira forma do exercício pleno da cidadania.

O acesso à Justiça deve ser percebido como pressuposto essencial de um sistema jurídico moderno que visa garantir a eficácia do princípio constitucional da isonomia, diverso do acesso ao Judiciário, que evoca, necessariamente, a jurisdição estatal, a sobreposição de vontades. A falta de garantias, por sua vez, verifica-se, sobretudo, no que concerne à segurança pública, integridade de prerrogativas, respeito ao cidadão e, eminentemente, no que tange aos obstáculos ao acesso à Justiça.

Nesse mesmo diapasão se encontra a responsabilidade sobre a figura do preso, cujo histórico pessoal pode resultar de uma série ilimitada de violações a direitos, em uma realidade social desprotegida pela instituição estatal em todas as suas formas e que, como consequência, produz indivíduos carecedores de qualquer noção sobre respeito à sociedade ou à licitude.

CONCLUSÃO

A partir da pesquisa realizada, é possível compreender que o poder coercitivo e punitivo do estado nem sempre encontra ferramentas hábeis à redução da criminalidade ou solução para as questões que envolvem a segurança pública. Deve-se analisar, de maneira absolutamente lúcida e consciente, o papel do acesso

---

ser politicamente ativo quando detém inteligência sobre os fatos para discernir entre a concordância e a aquiescência sem reflexão, o que, invariavelmente, necessita da liberdade de escolha, oriunda da consciência sobre a condição de cidadão e que advém da concretização de um patamar mínimo de igualdade de acesso entre indivíduos, eminentemente, no que se refere ao exercício consciente de direitos. “Responsabilidade requer liberdade. Assim, o argumento do apoio social para expandir a liberdade das pessoas pode ser considerado um argumento em favor da responsabilidade individual, e não contra ela”. (SEN, 2000, p. 322).

à Justiça como mecanismo capaz de promover a materialização e resguardo de direitos humanos, em especial, para indivíduos apenados, que invariavelmente regressarão ao convívio social. A partir do momento em que o indivíduo passa a ser conhecedor de seus direitos e deveres, reconhecendo a si mesmo como cidadão, torna-se apto a desenvolver habilidades e encoraja-se à reconquista de sua posição na sociedade, o que pode vir a ocorrer, de maneira definitiva, quando da inclusão desses indivíduos na seara de proteção estatal, por intermédio da materialização do primado constitucional do acesso à Justiça. A edificação de uma nova realidade social, mais justa e coerente com os anseios reais da comunidade, na qual os direitos e garantias constitucionais são efetivamente respeitados, está diretamente relacionada ao emprego do acesso à Justiça e ao consequente reconhecimento da condição de cidadão por parte dos indivíduos.

É necessário que no trato dos direitos fundamentais dos detentos se considerem sua real situação, em detrimento de uma postura idealista que muitas vezes impede o trato adequado das necessidade em questão. O acesso a uma justiça efetiva, por processo dialético é instrumento hábil para tanto se desprendido, também, da perspectiva eurocêntrica.

Cumpre destacar, ademais, que o Poder Judiciário, no que concerne à problemática penal, não constitui instituição apropriada para que se direcionem as reivindicações sobre as muitas espécies de direitos, visto não ser este o único responsável pela promoção de mecanismos efetivadores da justiça social. O acesso à Justiça deve significar o acesso real, que transcenda a visão liberal- legalista. A procura pela justiça material perpassa o campo das discussões e adentra a busca por reformas destinadas a tornar o Poder Judiciário mais acessível, o que pode auxiliar a legitimar a ordem legal.

O nível de desenvolvimento social de uma nação depende, diretamente, de um sistema judiciário creditício, de um aparato judiciário democrático, com acesso disponível ao povo que a constitui. O acesso à Justiça deve ser, portanto, universal e suficientemente eficiente para que seja capaz de produzir resultados individual e socialmente justos, primando pela igualdade substancial.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. Comentário. In: NEVES, Marcelo (Coord.) et. al. **Transnacionalidade do direito**: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 65-70.

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à Justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

BARBOSA, Júlio César Tadeu. **O que é justiça?** Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Abril cultural / Brasiliense, 1984.

BAUMAN, Zigmmunt. Legisladores e Intérpretes. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

__________. **Modernidade Líquida.** Trad. Plinio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

__________. Curso de Direitos Constitucional, 9ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, Senado, 1988.

BREMAUNTZ, Emma M. Justicia penal y derechos humanos. In**: Revista do Instituto brasileiro de direitos humanos**. Fortaleza. Ano 9, v. 9, N. 9, p. 89 – 105.

BRESSER -PEREIRA, Luiz Carlos. Instituições, bom estão e reforma da gestão pública. In: AVARTE, Paulo Roberto. **Economia do setor público no Brasil.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: Fabris,1988.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2009.

FLORES, Joaquin Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramalhete. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer, Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como funciona a cidadania**. Manaus: Valer, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIAILLE, Michel. Introdução crítica ao direito. 3ª edição. Lisboa: Editorial Estampa, 2005

PUTNAM, Robert D. **Comunidade e democracia**: a experiência da Itália moderna. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996.

RELATÓRIO DA II CARAVANA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em:<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/relatorios/prisional.html >. Acesso em: 28 out. 2010.

RICUPERO, Bernardo. **Sete lições sobre as interpretações do Brasil.** 2ª edição, São Paulo: Alameda, 2008.

ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. **Direitos humanos e acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

WALLERSTEIN, Immanuel Maurice. **O universalismo europeu**: a retórica do poder. Tradução Beatriz Medina. São Paulo, Boitempo, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos; VIEIRA, Reginaldo de Souza. **Estado, política e direito**: relações de poder e políticas públicas. Crisciúma: UNESC, 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil.** 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POLÍTICAS PÚBLICAS E A LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA.

PUBLIC POLICIES AND THE LEGITIMACY OF JUDICIAL INTERVENTION IN THE ENFORCEMENT OF THE RIGHT TO PUBLIC SAFETY.

Matheus Mendes Pinto
DOI 10.11117/9788565604505.08

RESUMO

O presente trabalho busca apresentar os atuais contornos da atuação ativa por parte do Judiciário em questões relativas à implementação de políticas públicas. Com especial enfoque ao direito à segurança pública, consagrado na Constituição de 1988, buscou-se definir as principais causas que demandam a intervenção judicial na efetivação de direitos quando inadimplentes os demais poderes primariamente responsáveis por garanti-los. Além disso, tentou-se definir as condições básicas que legitimam a atuação do Poder Judiciário determinando que a Administração Pública adote medidas que visem assegurar prerrogativas constitucionais indisponíveis como o direito à segurança pública, criando meios e condições para o efetivo desfrute de tal direito, sem contanto violar o princípio da separação dos poderes. Neste sentido, mostrou-se admissível a determinação judicial de implementação de políticas públicas em decorrência de retração dos poderes Executivo e Legislativo. O trabalho pretende aferir em quais casos é legítima a intervenção judicial na efetivação de direitos constitucionalmente previstos. Com base na observação sistemática e com auxílio do método dialético para demonstrar a possibilidade de tais intervenções, considerando a atualidade desta questão, restou plausível o comportamento ativo do Judiciário para efetivar direitos constitucionalmente garantidos.

Palavras-chave: Políticas públicas. Intervenção judicial. Segurança Pública.

ABSTRACT

The present paper seeks to present the current contours of the active role on the part of the Judiciary on issues relating to the implementation of public policies. With special focus on the right to public safety, enshrined in the Constitution of 1988, sought to define the main causes that require judicial intervention in the enforcement of rights when when in default the other powers primarily responsible for assure them. In addition, an attempt was made to define the basic conditions that legitimize the actions of the Judiciary by determining that the Government adopts measures aimed at ensuring constitutional prerogatives unavailable as the right to public security, creating means and conditions for the effective enjoy of such right, without violating the principle of separation of powers. In this sense, it was permissible to judicial determination of public policy implementation due to retraction of the Executive and legislative branches. The theme is of fundamental importance since it takes care about the enjoyment of constitutionally guaranteed rights unavailable, where we intend to assess in what cases is legitimate judicial intervention in the enforcement of such rights. Based on systematic observation and with the aid of the dialectical method to demonstrate the possibility of such intervention, considering the timeliness of this issue, remains plausible active behavior of the judiciary to implement constitutionally guaranteed rights.

Keywords: Public policies. Judicial intervention. Public safety.

1 INTRODUÇÃO

As mudanças trazidas pela Carta Constitucional de 1988 mostraram-se de elementar importância no panorama jurídico brasileiro. A abrangente constitucionalização de diversos temas acabou por imbuí-los de exigibilidade frente ao legislador ordinário e ao gestor público. Neste sentido, e considerando que cada vez mais os jurisdicionados têm ampliado os conhecimentos acerca de direito mínimos previstos em sede constitucional, a atuação do Poder Judiciário intervindo na efetivação de tais direitos vem crescendo em ritmo considerável, tendo que decidir em casos concretos acerca da implementação de políticas públicas que assegurem a fruição de tais direitos.

Neste sentido, é fundamental que se estabeleçam critérios mínimos que legitimem a atuação judicial na determinação de implementação de políticas públicas por parte do gestor público, mas não só este. Considerando o direito à segurança pública, aqui priorizado, também cabe ao legislador ordinário disciplinar a organização e funcionamento dos órgãos responsáveis diretamente pela preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio, de modo a garantir sua eficiência. Logo, a intervenção judicial tem guarida nos casos de retração do Poder Legislativo e na inadimplência ou ineficiência do Poder Executivo, que são os poderes primariamente incumbidos na promoção de políticas públicas neste sentido.

O conteúdo da norma que assegura o direito à segurança pública, conforme será dirimido, apresenta dupla classificação, sendo norma definidora de direitos e também norma programática, de modo que reflete direito subjetivo dos administrados, que podem exigir prestações positivas do Estado, bem como remete à prestações negativas, abstenções do Estado, para que não haja ingerência arbitrária na esfera de direitos individuais e coletivos. Além disso, por ter conteúdo de norma programática, impõe ao Poder Público o planejamento de meios que efetivem o gozo ao direito à segurança pública.

Neste entendimento, da legitimidade da intervenção judicial na implementação de políticas públicas, perfilam-se autores como Luís Roberto

Barroso[125] e Daniel Silva Passos[126], que de forma brilhante abordam acerca do tema e todos os seus contornos, apontando os casos em que se faz necessário e válido o ativismo judicial em tais questões, bem como os óbices levantados a tal prática.

O tema em questão é de importância ímpar, já que o direito à segurança pública por muito tempo foi relegado a segundo plano, ostentando, hodiernamente, exigência imediata e eficaz do dever do Estado em promover políticas públicas nesse sentido, pois são recorrentes e cada vez mais chocantes as constatações de descaso com a segurança pública, incorrendo em permanente sentimento de insegurança por parte da população que, passando a conhecer o direito à segurança como indisponível, poderá reivindicá-lo ao Poder Público ressaltando sua natureza constitucional. Além disso, é pacífico na doutrina que o Estado figura sempre como sujeito passivo dos crimes cometidos dentro de sua jurisdição, dado o seu interesse na manutenção da paz pública e da ordem social.[127]

Por meio de métodos de observação sistemática e dialeticidade, buscou-se demonstrar a legitimidade das intervenções judiciais para assegurar o gozo do direito à segurança pública, problema inicial de pesquisa, revelando que tais práticas, desde que observando o respeito a determinadas condições fáticas que permitam sua realização, atingem resultados benéficos aos administrados, que podem usufruir de direitos inadimplidos pelo Poder Público.

---

125 Revista Atualidades Jurídicas. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** 4ª Ed. Número 4. Janeiro e Fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 30 de Agosto de 2014.

126 PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção Judicial nas Políticas Públicas:** o problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

127 CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal:** parte geral (arts. 1º ao 120). Volume único. 2ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014. p. 158.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O novo cenário constitucional e o papel do judiciário na efetivação de políticas públicas.

A evolução do Estado ao que hoje conhecemos como Democrático e de Direito, conforme insculpido no artigo inaugural de nossa Carta Magna de 1988, se deu por diversas transformações sociais e econômicas a nível global ao longo da história, com destaque à ascensão da burguesia ao poder – que teve como marco característico a Revolução Francesa.

No entanto, ao passo que a burguesia almejava pela liberdade (principalmente na seara econômica), o Estado exercia o papel de gestor da liberdade no campo social, devendo proteger – segundo a teoria contratualista – as liberdades individuais, fazendo surgir a ideia de Estado de direito, que evoluiu no decorrer dos tempos ao que hoje temos, na definição de Bobbio, "[...] um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidas no âmbito das leis que os regulam[...]"[128].

Esse Estado de Direito não poderia se firmar sem refletir em si o espírito democrático, eis que fundamental para evitar ingerências absolutistas e que visassem somente atender a interesses de grupos determinados em detrimento de outros.

No Brasil, a ruptura do sistema repressor e ditatorial do regime militar, que durante duas décadas suprimiu liberdades individuais, culminou na redemocratização do país que teve como ponto marcante a promulgação da Carta de 1988. É exatamente neste novo cenário que o Poder Judiciário ganhou forças e iniciou, de modo relevante, seu papel como guardião das normas constitucionais e garantindo sua efetiva aplicação. Na visão de Barroso, "[...] o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro

---

128 BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia.** São Paulo: Brasiliense, 2005.

poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes” [129].

Em nível internacional, a expansão da autoridade judicial tem suas raízes, segundo Frank[130], no início do século XX, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos passou a tomar diversas decisões liberais, que substituíam a vontade do legislador, utilizando como meio para tanto a doutrina – que preceituava a atuação da Corte não somente para verificar a constitucionalidade de determinado ato, como sua razoabilidade frente aos princípios constitucionais - e o devido processo legal substantivo, cenário que alguns denominam era Lochner, em referência ao célebre caso Lochner VS. New York, em 1905.

O fortalecimento do Judiciário, agregado com o crescimento da busca por justiça no meio social e efetividade dos direitos fundamentais trazidos pela Constituição de 1988 (muito a frente do seu tempo), refletiu diretamente na necessidade daquele atuar na aplicação da diversidade de matérias constitucionalizadas.

Essa crescente atuação do Judiciário, principalmente por meio do Supremo Tribunal Federal, refletem a ocorrência dois fenômenos na ordem jurídica brasileira: a judicialização e o ativismo judicial. Segundo Barroso, “*Judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instancias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance” [131].

Para Barroso[132], a judicialização crescente ocorrida pós 1988 se deu por três motivos preponderantes, o primeiro sendo a redemocratização do país, com a recuperação das garantias da magistratura, o reavivamento do espírito de cidadania e o fortalecimento de órgãos como o Ministério Público e a Defensoria Pública, fatores que acabaram por aumentar a demanda da sociedade por justiça. O segundo

---

129 BARROSO, op. cit. p. 3.
130 FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind.** Ney York: Anchor Books Anchor Books, Doubleday & Co., 1963.
131 Op. cit.. p. 3-6.
132 Ibid., p. 3-4.

motivo é a constitucionalização abrangente de matérias antes relegadas ao plano da legislação ordinária, sendo que o caráter analítico da Carta de 1988 mostrou o que Barroso comenta como “desconfiança” do legislador. Nesse sentido, trazer ao nível constitucional determinada matéria é transmutar a política em direito, já que surge uma pretensão jurídica passível de efetivação por via judicial, o próprio direito ao meio ambiente equilibrado e à segurança pública refletem exatamente esse fenômeno, já que podem ser travadas no Judiciário a exigências de tais direitos. Por fim e não menos importante, cita-se o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que alargou sobremaneira o controle de matérias que supostamente violem a Carta Maior, seja por meio de controle difuso ou concentrado, refletindo na possibilidade que questões políticas ou moralmente relevantes alcancem discussão no Supremo Tribunal Federal.

Nesse ínterim, não se pode falar na atuação proativa do Judiciário sem o estabelecimento de um panorama mínimo de vinculação da política com o Direito, pois não há como desvirtuar a atuação do Estado das normas fundamentais as quais este próprio se submete. A existência dos três poderes do Estado, sendo independentes e harmônicos entre si e exercendo cada um sua função típica, bem como tendo prerrogativas e imunidades, não foi fórmula infalível para a aplicação dos direitos fundamentais dos administrados, aqui me atendo principalmente às normas de caráter programático e definidoras de direitos[133] contidas na Constituição de 1988, instrumentalizadas por políticas públicas.

Os constantes embates das classes políticas e a sociedade civil, com a baixa eficiência da gestão pública e o descrédito do Poder Legislativo no que tange à promoção de políticas públicas, acabam por propiciar a intensificação da participação do Poder Judiciário nas questões políticas, com fito de concretização de fins constitucionais, mesmo que interferindo na atuação dos demais poderes. Cria-se assim solo fértil para o ativismo judicial, que busca corrigir ou compensar a retração dos demais poderes na promoção de direitos constitucionalmente garantidos.

---

133 Na definição de Luís Roberto Barroso “são as que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo os jurisdicionados no poder de exigir do Estado [...] prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados” BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014., p.262

A postura ativa por parte do Judiciário visa, dentre outros objetivos, impor condutas ou mesmo abstenções do Poder Público na promoção de políticas públicas efetivas, de modo a extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional sem, contudo, invadir o campo de criação livre do Direito, ao ver de Barroso[134].

Apesar das inúmeras críticas que fulminam o ativismo judicial, principalmente a violação da separação dos Poderes do Estado, não há como negar que a atuação do Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo do Poder Judiciário, tem sido notável e trazido muito mais benefícios que prejuízos em suas decisões – principalmente em se tratando de saúde e segurança pública -, ressaltando a importância da constitucionalização abrangente da Constituição de 1988, que acabou por possibilitar a busca por direitos e garantias individuais em sede judicial quando os Poderes Executivo e Legislativo, incumbidos de proporcioná-los, é omisso ou ineficiente.

Todo esse cenário mostra que não há como se ver, hodiernamente, o Supremo Tribunal Federal tão apenas como órgão de cúpula do Poder Judiciário, mas que também assume figura de Tribunal Constitucional no momento em que passa a examinar de forma objetiva e em casos concretos a compatibilidade das leis e dos atos dos demais Poderes com a Constituição. Sobre tal hibridez, Leite e Araújo comentam que

> [...] a atual Constituição brasileira deu atenção especial ao Supremo Tribunal Federal, notadamente no que diz respeito à ampliação no exercício da jurisdição constitucional concentrada. A previsão de mais instrumentos de exercício de controle concentrado de constitucionalidade [...], somada a uma postura da própria Corte em conceder efeitos *erga omnes* a decisões tomadas em última instancia, no controle difuso, gera uma percepção, para a comunidade jurídica, de que o Supremo Tribunal Federal está sendo configurado para assumir, cada vez mais, o papel de Tribunal Constitucional no Brasil. (LEITE; ARAÚJO, 2012, p. 189-190)[135]

A postura engajada e ativa do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, principalmente quanto à segurança pública, objeto deste estudo, por

---

134 Ibid., p. 7

135 LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição Constitucional, democracia e direitos fundamentais:** estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

meio do ativismo judicial, advém da retração dos Poderes Legislativo e Executivo, que primeiramente seriam responsáveis em suas funções típicas a promover o gozo dos direitos fundamentais a todos os cidadãos. Quando na falta ou baixa eficiência destes, cabe ao Judiciário intervir com sua força mandamental na imposição de condutas ou abstenções por parte daqueles.

2.2 Políticas públicas e o direito fundamental à segurança pública

A principal via de instrumentalização dos direitos constitucionalmente previstos se dá por meio da promoção de políticas públicas. Segundo Thiago Breus, as políticas públicas são "[...] programas de ação governamental que visam coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados."[136], sendo, segundo este mesmo autor, o principal mecanismo de ação estatal com vistas à realização dos programas constitucionais[137].

Na lição de Maria Paula Bucci[138], ao tratar acerca dos diversos modos de intervenção ou atuação do Estado sobre a esfera privada e a efetivação de políticas públicas, revela a existência de basicamente quatro modelos de Estado: o Estado-providência, fundamentado na ideia de prestador de serviços públicos de modo abrangente; o Estado propulsivo, que busca realizar suas ações finalísticas por meio da cooperação com a iniciativa privada; o Estado reflexivo, que se diferencia por programas relacionais; e o Estado incitador, que tem sua atuação baseada no binômio norma e persuasão. Importa ressaltar que tais modelos não são excludentes, muitas vezes atuam de forma concomitante, precipuamente nos dias atuais, dada a complexidade de demandas e meios de atuação do Poder Público.

---

136 BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional:** problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. P. 221.
137 Ibid. p. 204.
138 BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 246.

A limitada discricionariedade dado ao Poder Público na instrumentalização de políticas públicas para definir quais as áreas de atuação prioritárias e o modo de intervenção apto para responder à determinada demanda social acaba por macular a responsabilidade deste e o efetivo controle de suas atividades. Não se poder perder de vista que o conteúdo de uma norma programática – como são aquelas que demandam políticas públicas – vincula diretamente o legislador ordinário e o Poder Executivo, que deverá atuar dentro de certa margem aceitável de modo a realizar os objetivos sociais, não podendo pautar-se em critérios de mera conveniência, devendo seguir o norte apontado pela legislação constitucional[139].

Conforme salienta José Joaquim Canotilho, o "bloco constitucional dirigente"[140] passou a exercer força imperativa no sistema político, que deixou de ser absolutamente discricionário, vinculando-se às imposições constitucionais, vinculando materialmente o legislador ordinário, não como mero cumpridor de determinações da Carta Maior, mas que sua liberdade de ação passaria a se conformar em um novo fundamento: a Constituição.

Nesse sentido,

> O "valor condicionalmente positivo" da Constituição pressupõe a configuração normativa da "atividade de direcção política", cabendo a esta, por sua vez, um papel criativo, pelo menos na selecção e especificação dos fins constitucionais e na indicação dos meios ou instrumentos adequados para sua realização (CANOTILHO, 2001, P. 467)[141].

As políticas públicas, por conterem em si princípios implícitos, acabam por mostrar-se como meio de concretização do conteúdo emancipatório da Carta Constitucional, as normas deixam de ser interpretados com base unicamente em seu próprio texto e passam a incorporar princípios, as prioridades e finalidades perseguidas pelas políticas públicas[142].

---

139 Ibid. p. 241.
140 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador.** 2. Ed. Coimbra: Ed., 2001. P. 463.
141 Ibid. p. 467.
142 PASSOS, op. cit. p. 58.

No entanto, apesar da clara necessidade e garantia de promoção de políticas públicas que visem efetivar direitos sociais mínimos previstos na Constituição, a atuação do Estado é muitas vezes reprimida por limitações orçamentárias e de cunho político, já que muitas vezes os embates políticos acabam por relegar os interesses sociais ao segundo plano. Fábio Comparato explicita que

> Uma das grandes insuficiências da teoria dos direitos humanos é o fato de não se haver ainda percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública. A generalidade dos autores continua a repetir, sem maior aprofundamento, que se trata de direitos a uma prestação estatal positiva, em contraste com o dever de abstenção dos poderes públicos, característico das liberdades individuais [...] É claramente impossível compelir o Estado a providenciar imediatamente, a todos que o demandem, um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga de creche, um tratamento médico-cirúrgico de alta complexidade, e outras prestações dessa natureza. (COMPARATO, 2003, p. 249)[143]

Apesar disso, a teoria das limitações da atuação da administração pública pautada na reserva do possível, não poder ser justificativa política e muito menos legal para que a ineficiência ou omissão do Estado na promoção de políticas públicas. O que ocorre, hodiernamente, é a alegação de insuficiência orçamentária e estrutural do aparato estatal como motivo da sua ineficiência e omissão em áreas de interesse social que estão completamente abandonadas.

Evidente que se trata de um manejo complexo, sem fórmula infalível. Mas o que se tem adotado comumente é a divisão das políticas públicas em três etapas básicas: a formulação, a implementação e a avaliação[144].

A formulação consiste no estabelecimento racional de uma prioridade pública, elaborando-se determinada política, seus contornos, identificação do problema a ser enfrentado e a escolha das possíveis alternativas a serem utilizados, seus custos e efeitos, encerrando-se tal fase quando da escolha dentre tais alternativas e sua formalização por meio de uma norma jurídica. A implementação, relaciona-se diretamente com o manejo do aparelho administrativo do Estado, envolvendo

---

143 COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional** – homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 249.
144 PASSOS. op. cit. p. 60.

diversos fatores: recursos humanos, materiais, tecnológicos e financeiros. Envolve também a execução e o acompanhamento da atividade que, ao final, será avaliada em todos os seus aspectos, principalmente quanto aos seus efeitos na sociedade.

O sistema constitucional de *checks and balances* permite o controle do Poder Judiciário sobre algumas dimensões da concretização de uma política pública, no sentido de conferir ao crivo judicial a análise de aspectos formais e materiais das normas jurídicas e seus efeitos. Conforme explica Ana Paulo Barcellos[145], as políticas públicas podem sofrer verificação quanto a parâmetros objetivos, como as previsões contidas nos artigos 198, parágrafo 2º, e 212 da Constituição Federal, que estabelecem a aplicação de percentuais mínimos da receita de impostos para as áreas de saúde e educação; bem como a parâmetros relacionados ao resultado final almejado pelo Estado e os meios selecionados por este para realizar as metas constitucionais.

A previsão insculpida no artigo 144 da Constituição Federal dispõe que

> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federa; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Da redação do artigo supra, percebe-se a imposição do legislador constitucional ao Poder Público em promover ações positivas voltadas à segurança pública, bem como o caráter integrador e sistêmico destas, já que foi incumbido à responsabilidade de todos a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Até a promulgação da Carta de 1988 não havia um capítulo específico sobre a Segurança Pública, limitando-se as Constituições anteriores somente em prever a responsabilidade dos entes federativos em preservar a ordem interna. Além disso, a Constituição atual também inclui no rol de órgãos responsáveis pela segurança pública a Polícia Rodoviária Federal, a Polícia Ferroviária Federal e as Polícias Civis,

145 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, 2005.

que antes não eram citados, cabendo a preservação da ordem interna somente à Polícia Federal e às polícias militares.

Apesar de do caráter abrangente, não se pode olvidar que o principal responsável na promoção da segurança pública é o Estado – neste ponto acertou o legislador em prever como dever do Estado -, já que tal cenário decorre da própria instalação do Estado nos moldes que Rosseau previu, com a cessão da liberdade do estado de natureza humano para o Estado, que então passou a incumbir-se de promover direitos e garantias mínimas aos administrados. Ressalta-se que o contrato social não importa na renúncia de direitos por parte dos administrados, mas o acordo com a figura do Estado que passa a proteger tais direitos.

A segurança pública está intimamente ligada ao direito geral de segurança que deve ser proporcionado aos administrados, conforme salienta Sarlet, aduzindo que nesta última estão abrangidos o direito à segurança jurídica, à segurança pessoal e social, bem como proteção contra os atos normativos do Poder Público que possam violar direitos pessoais ou coletivos[146]. Na análise de Ceneviva, a segurança pública consiste

> [...] elemento necessário à prática democrática, é indissoluvelmente compatibilizada com a manutenção da ordem pública. Através desta se garante a incolumidade das pessoas e o patrimônio público e privado. Os objetivos mencionados consubstanciam um dever do Estado para com seus cidadãos, que têm direito à própria segurança, vinculando-se, contudo, às responsabilidades que dela decorrem. A lei disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos de segurança pública, tendo em vista a eficiência de suas atividades.(CENEVIVA, 1991, p. 239) [147]

Atendo-nos à segurança pública como sendo pressuposto das condições para o correto e normal exercício de todas as atividades humanas, desde o trabalho até o lazer, a preservação da saúde e da vida até a prática dos cultos e das religiões[148], é de suma importância, no âmbito da necessidade e exigibilidade de políticas públicas,

---

146 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 437.
147 CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 239).
147 PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade.** São Paulo: RT, 1983. p.288-289.

que desde já se limite o caráter da referida norma do artigo 144, principalmente quanto à sua eficácia e efetividade.

Conforme lição do Ministro Luís Roberto Barroso, poderíamos classificar a previsão acerca da segurança pública contida na Carta Constitucional como uma norma constitucional definidora de direitos, sendo aquelas que

> [...] tipicamente geram direitos subjetivos, investido os jurisdicionados no poder de exigir do Estado – ou de outro eventual destinatário da norma – prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados. Nessa categoria se incluem todas as normas concernentes aos direitos políticos, individuais, coletivos, sociais e difusos previstos na Constituição (BARROSO, 2209, p. 262)[149]

Ressalta também o conteúdo das chamadas normas constitucionais programáticas, que veicula princípios, desde logo observáveis, traçam fins sociais a serem alcançados pela futura atuação do Poder Público. Para Barroso, tais normas não geram direitos subjetivos aos jurisdicionados, imposições positivas a serem demandadas aos órgãos estatais, mas sim exigências de ação negativa, omissiva destes, exemplificando tais normas ao citar a função social da propriedade (art. 170, III, da Constituição), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII, da Constituição)[150]. No entanto, atento para posições doutrinárias diversas, o mesmo autor considera que o entendimento mais moderno cogita a hipótese da possibilidade de exigir comportamentos positivos do Estado com base em normas programáticas, inclusive havendo relevante consenso quanto à pretensão do mínimo existencial. Nesta esteira estão as ideias de Ricardo Lobo Torres[151], Ana Paula Barcellos[152] e Fábio Corrêa Souza de Oliveira[153].

É exatamente nesta última classificação das normas constitucionais que José Afonso da Silva, em sua tradicional classificação, vê as normas programáticas como

---

149 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 262.
150 BARROSO, loc. cit.
151 TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 179.
152 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 234 e 274.
153 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios:** o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 308 e 314.

aquelas que veiculam políticas públicas ou programas de governo, sendo comuns em Constituições sociais, como é a brasileira, no sentido de cumprir anseios reconstrutivistas e emancipatórios de uma sociedade marcada por uma notável desigualdade social[154]. Desse modo, seriam

> [...] normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (SILVA, 2009, p. 138)[155].

Não se pode compreender que determinada norma constitucional seja desprovida de eficácia, como salienta Barroso, "[...] se está na Constituição é para ser cumprido"[156], não podendo o legislador infraconstitucional simplesmente fechar os olhos às previsões contidas na Carta Maior. Sob essa ótica de eficácia sem relevância que, por muito tempo, às normas de conteúdo programático pouco foi dada a devida atenção, já que tidas como mera indicação de mero conteúdo axiológico mas sem exigibilidade de sua efetividade. Somente em tempos mais recentes que se reconheceu a cogência de tais normas, com a aceitação da plena normatividade da Constituição, as novas dogmáticas de interpretação constitucional e o crescente incremento nas funções atribuídas ao Poder Judiciário, que passou a ostentar papel determinante na concretização dos valores e direitos constitucionais[157].

Tem-se, portanto, que o direito à segurança pública apresenta dupla faceta frente à sua eficácia como norma constitucional: por um lado constitui uma norma definidora de direitos, exigindo prestações positivas por parte do Poder Público, integrando direito subjetivo de cada jurisdicionado; por outro lado, apresenta caráter de norma programática, pois como já dito, cabendo ao Estado estabelecer projetos e planejamento adequado para proporcionar aos administrados a fruição do direito à

---

154 PASSOS. Op. cit. p. 54.
155 SILVA, José Afonso da. **A aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 138
156 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 226.
157 Ibid. p. 262.

ordem social e preservação de sua incolumidade ao menos em frações mínimas, prevenindo a violação de direitos individuais e coletivos. Na concretização do direito aqui em comento impõe-se a demanda tanto de recursos materiais como humanos, aqui como atuação positiva do Estado. De outro lado, na prestação negativa, o cidadão deve estar protegido contra ingerências ilegais e ilegítimas do próprio Estado e de outros particulares.

Ressalta-se que a promoção da segurança pública não se concretiza apenas com investimentos nos órgãos elencados no já citado artigo 144 da Carta Magna, eis que estes são meio direto de intervenção do Estado na segurança pública. Conforme já dizia Beccaria, "[...] a maneira mais segura, porém ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos propensos à prática do mal, é aperfeiçoar a educação"[158], demonstrando que os meios indiretos de intervenção estatal na efetivação do direito à segurança pública acabam por ser mais eficazes, apesar de seus efeitos serem atingidos em longo prazo.

A eficiência das atividades dos órgãos citados no artigo 144, aliás, como dito anteriormente, depende diretamente da atuação do órgão legislativo, como a própria Constituição previu no parágrafo 7º deste artigo, firmando que "§ 7.º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.". Percebe-se, neste ponto, mais um aspecto que revela ser o direito à segurança pública uma norma de caráter programático, já que necessita de intermediação legislativa direta para desenvolverem sua plena eficácia. Como bem observou Beccaria, sendo

> [...] preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes de procurar impedir o mal que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência (BECCARIA, 2000, p. 101)[159].

---

158 BECCARIA, Cesar. **Dos Delitos e das Penas.** São Paulo: Editora Martin Claret, 2000, p. 106.
159 Ibid. p. 101.

Cabe, nesta discussão, trazer trecho do Acórdão proferido no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 559.646, de relatoria da ilustra Ministra Ellen Gracie, onde em sua ementa ressaltou que

> O direito à segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o acesso a tal serviço. (RE 559.646 AgR/PR)

Resta reconhecido, portanto, que o direito à segurança pública está impregnado por nota de fundamentalismo que a Constituição lhe designou, sendo direito subjetivo ao qual o cidadão pode exigir prestação do Estado tanto em sentido positivo quando em sentido negativo, demandando sua implementação por políticas públicas emanadas dos Poderes Executivo e Legislativo, incumbidos prioritariamente de proporcionar a fruição dos direitos previstos do diploma constitucional.

O Estado, aqui entendida sua atuação por meio dos três Poderes da República, deve dispor das ferramentas à sua disposição para assegurar o desfrute dos direitos constitucionais estabelecidos, bem como primar pela preservação das normas que dele emanam, pois como sujeito passivo constante dos crimes, será sempre lesado pela conduta do sujeito ativo[160].

2.3 Das condições para a legitimidade da intervenção judicial na efetivação do direito à segurança pública

É evidente que quando falamos em políticas públicas, inevitavelmente estamos discorrendo muito mais de decisões de cunho e respaldo político, tanto pelo caráter programático da norma, pois não era possível ao legislador constitucional estabelecer com exatidão e precisão todas as hipóteses fáticas frente às quais o administrador público teria que decidir, bem como pelo caráter dos atos normativos emanados do Poder Público que, conforme o debate inserto na seara do Direito Administrativo, podem ser vinculados ou discricionários.

160 CUNHA, loc. cit.

Essa limitação constitucional quanto ao estabelecimento de todas as possibilidades fáticas, acabou por gerar séria discussão quanto aos contornos do controle de constitucionalidade de determinados atos administrativos. Como preceituou a *political question doctrine*, existe uma clara limitação temática ao controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos, de forma que algumas questões estariam imbuídas de natureza essencialmente política, restando, portanto, reservadas a instâncias competentes.

No entanto, a aparente liberdade concedida ao administrador nos atos ditos discricionários é cercada por limitações que o vinculam aos preceitos legais, de modo que a doutrina majoritária entende que os elementos finalidade do ato e sua competência serão sempre vinculados, ou seja, estão previamente determinados por lei, não havendo espaço para que o administrado gerencie da forma que bem entender tais aspectos.

A discricionariedade dada ao gestor público não significa que determinada política pública irá basear-se somente em juízos de absoluta conveniência e oportunidade sem considerar os princípios que norteiam o sistema[161], cabendo ao Poder Judiciário, em determinados casos, apreciar a legalidade de leis e atos normativos dos demais poderes. Nesse sentido, afirma Maria Paula Bucci:

> As políticas públicas podem ser entendidas como forma de controle prévio de discricionariedade na medida em que exigem apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão, em consequência da qual se desencadeia a ação administrativa. O processo de elaboração da política seria propício a explicitar e documentar os pressupostos da atividade administrativa e, dessa forma, tornar viável o controle posterior dos motivos. (BUCCI, 2002, p. 265) [162]

Cabe, portanto, analisar em quais situações o Poder Judiciário poderá intervir de modo a sanar retrações dos demais poderes da República, suprindo eventuais omissões e instrumentalizando meios quando perceber ineficiência na prestação de

161 OLIVEIRA, Antonia Teresinha de. **Políticas públicas e a atividade administrativa.** São Paulo: Fiuza, 2005, p. 203-204.
162 BUCCI, op. cit. p. 265.

determinada política pública pelo administrador, com base em vício de finalidade da lei ou ato normativo expedido.

Como ensina Barroso, a atuação proativa do Judiciário, no que a doutrina dominante chama de ativismo judicial, tem assento "em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva" [163]. Complementa no sentido de associar esse ativismo à participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência na atuação dos demais poderes.

Dentre as condutas que refletem a atuação ativa do Judiciário, o referido autor cita: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Sem dúvida que a conduta que mais nos interessa no presente estudo se refere ao último elencado acima, quando a intervenção judicial se faz necessária para que o Poder Executivo ou Legislativo adote determinada conduta ou se abstenha desta, em conformação à determinada imposição constitucional. Assim, a implementação de políticas públicas por muitas vezes acaba desaguando na intermediação do Poder Judiciário que, na inadimplência dos demais poderes, sem que haja ingerência na poder discricionário destes, impõe determinadas condutas.

São notórios os casos em que o Judiciário interviu na esfera dos demais poderes para concretizar direitos fundamentais previstos na Constituição. A distribuição de remédios e determinação de realização de terapias mediante decisões judiciais são os fatos mais recorrentes e conhecidos.

No entanto, a segurança pública vem assumindo papel fundamental e de grande destaque na atuação do Poder Judiciário. A crescente demanda da sociedade civil na garantia de condições mínimas de segurança e a evolução

---

163 BARROSO, Luís Roberto. Revista Atualidades Jurídicas. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** 4ª Ed. Número 4. Janeiro e Fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> . Acesso em 30 de Agosto de 2014.

constante da difusão de conhecimentos de direitos fundamentais no seio social acabam por inflamar o Judiciário por demandas que, a princípio, seriam de responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo, mas que por episódios de retração, como dito alhures, acabam por ser objeto de apreciação judicial, que não pode, em casos como a promoção do direito à segurança pública, omitir-se, já que trata de previsão Constitucional passível de postulação em sede judicial.

Nesse sentido, dois casos concretos são de essencial conhecimento: o julgamento do Agravo Regimental no RE n. 559.646 / PR, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, em 07/06/2011; e o Agravo Regimental no RE com Agravo n. 654.823 / RJ, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, em 12/11/2013. Em ambos foi reconhecida a legitimidade do Poder Judiciário em determinar que a Administração Pública adota medidas assecuratórias de diretos constitucionalmente reconhecidos, a implementação de políticas públicas quando da inadimplência do Estado, sem que tais determinações configurem violação à separação dos poderes.

Como salienta em seu voto a Ministra Ellen Gracie, o Princípio da Separação dos Poderes[164] não pode ser arguido para obstar um direito social reconhecido pela Constituição Federal, revelando a exigibilidade do preceito contido na previsão quanto à garantia da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio. Complementa seu argumento aduzindo que no julgamento da SS 3205/AM, DJ 08.06.2007, ao examinar pedido de suspensão de execução de liminar sobre a concessão de medicamentos à população do estado do Amazonas. Neste, o referido estado pugnava pela suspensão sob a alegação que a limitação de recursos públicos impele ao gestor público adotar política atenta aos princípios da economicidade e do custo-benefício, no entanto, a Ministra ressaltou que a discussão em relação à competência para execução de programas de saúde e distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo artigo 196 da Constituição, obrigando que todas as esferas de Governo atuam de forma solidária.

---

164 Expressão que aqui será utilizada por questão de convencionalismo, pois o poder estatal é uno, havendo, em verdade, divisão de funções entre os órgãos estatais.

Mais ainda, muito se argumenta quanto às limitações da atuação do gestor público na promoção de políticas públicas e garantia de direitos constitucionalmente previstos por motivos de dotação orçamentária, já que os recursos públicos são findos, devendo o gestor dispor destes de modo responsável e que atenda a todos os administrados. Apesar da recorrência de arguição de tais motivos frente ao Judiciário, não se pode considerar a falta de prévia dotação orçamentária como justificativa que inviabilize o direito dos cidadãos ao gozo dos direitos assegurados na Constituição, nesse sentido um dos fundamentos do AI 562.561/RS, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.2005.

Quanto a possível ingerência do Poder Judiciário na esfera de competência dos demais poderes, o Ministro Gilmar Mendes, quando analisando a questão referente à suspensão de liminar (SL 47 – AgR/PE, Plenário, DJe 30.04.2010), destacou que

> [...] na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.[165]

Outro julgamento elementar na discussão foi aquele de relatoria do Ministro Celso de Mello, ao analisar o RE 410.715/SP, 2ª Turma, DJ 03.02.2006, que versava acerca do direito à educação, onde afastou a suposta interferência do Poder Judiciário e a insuficiência de recursos públicos:

> Embora resida, **primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo, **a prerrogativa** de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível**, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas **definidas pela própria** Constituição, **sejam estas implementadas** pelos órgãos estatais inadimplentes, **cuja omissão** – por importar **em descumprimento** dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – **mostra-se apta a comprometer** a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais **impregnados** de estatura constitucional. **A questão pertinente à 'reserva do possível'. Doutrina**. (grifos no original).[166]

165STF. SL 47 – AgR/PE, Plenário, DJe 30.04.2010
166 STF. RE 410.715/SP, 2ª Turma, DJ 03.02.2006

Percebe-se, portanto, que a omissão da Administração Pública em promover políticas públicas constitucionalmente estabelecidas afronta diretamente o diploma constitucional, cabendo intervenção do Poder Judiciário na concretização de direitos ali estabelecidos.

No julgamento do Agravo Regimental no RE com Agravo n. 654.823 / RJ, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, que tratava acerca da implantação de atendimento de plantão na Brigada Militar da cidade de Gaurama, o ilustre Ministro entendeu que a decisão proferida no acórdão recorrido não ultrapassou os limites da discricionariedade do Administrador Público, eis que apenas visou garantir o cumprimento do dever do Estado de prestar a segurança pública, conforme preceitua o artigo 144 da Constituição, não ocorrendo violação à independência dos poderes.

Outras questões são comumente suscitadas visando inibir e invalidar a judicialização de políticas públicas, como a arguição da complexidade de uma política pública, que com a intervenção judicial acabaria por desorganizar a estrutura promovida pelo programa governamental, inserindo novas variáveis originalmente não previstas pelo administrador. A principal consequência seria sentida nas finanças do governo, pois se estaria pondo em risco recursos econômicos à disposição do Estado e ameaçando a viabilidade da política pública[167].

Quanto à tal crítica, apesar de verídica, não afasta a necessidade e legitimidade do Judiciário intervir, em situações pontuais e relevantes, na promoção e efetividade de políticas públicas pois, como dito e explicado anteriormente, trata-se de direito irrenunciável dos administrados.

Finalmente, cumpre ressaltar que em ambos os casos aqui discutidos (RE 559.646 AgR / PR e ARE 654.823 AgR / RJ), foi negado provimento ao pleito dos agravados, sendo mantidas as decisões no sentido de validar a legitimidade de intervenção judicial em casos excepcionalmente verificados de omissão do Poder Público ou sua ineficiência na aplicação de políticas voltadas à segurança pública.

---

167 PASSOS, op. cit. p. 95.

CONCLUSÃO

A efetivação de direitos constitucionalmente garantidos não pode, portanto, restar prejudicada por inadimplências do Poder Público, que se configuram tanto pela ineficiência de políticas públicas implementadas, como pela retração do Poder Legislativo.

Elencada como prerrogativa constitucional indisponível, a segurança pública é dever do Estado, que deve criar meios e condições que possibilitem o acesso a tal serviço, de modo a garantir o mínimo de condições de ordem pública e preservação da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Por seu status de norma constitucional, o direito à segurança pública poderá, verificada a ineficiência das políticas públicas promovidas pelo gestor público, ser pleiteado em sede judicial, já que o controle finalístico das leis e atos normativos do Poder Público são passíveis de controle judicial, cabendo ao Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que tal determinação conste em ingerência em questões afetas à discricionariedade do Poder Executivo ou que viole o princípio da separação dos poderes da República.

A intervenção judicial na efetivação do direito à segurança pública por meio da determinação para implementação de políticas públicas definidas pela própria Constituição afigura legítima, desde que aplicada em casos excepcionais de retração do Poder Legislativo em estabelecer bases legais para a eficiência das atividades dos órgãos incumbidos da segurança pública e nos casos de inadimplência do Poder Executivo na eficiente garantia de tal direito, já que tais condutas contrariam diretamente às previsões constitucionais, cabendo ao Judiciário sanar tais ocorrências.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Revista Atualidades Jurídicas. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** 4ª Ed. Número 4. Janeiro e Fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 30 de Agosto de 2014.

BECCARIA, Cesar. **Dos Delitos e das Penas.** São Paulo: Editora Martin Claret, 2000

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia.** São Paulo: Brasiliense, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 6. ed. Brasília, DF: Senado, 2006.

BRASIL. Medida Provisória n. 2.186-16 de 23 de Agosto de 2001. **Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm> Acesso em 05 de Setembro de 2014.**

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado constitucional:** problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. P. 221.)

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador.** 2. Ed. Coimbra: Ed., 2001

CATALAN, Marcos. **Proteção Constitucional ao Meio Ambiente e seus Mecanismos de Tutela.** São Paulo: Método, 2008.

CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional.** 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional** – homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal:** parte geral (arts. 1º ao 120). Volume único. 2ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivim, 2014.

FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind.** Ney York: Anchor Books Anchor Books, Doubleday & Co., 1963.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição Constitucional, democracia e direitos fundamentais:** estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO. Délcio Balestero; BURLE FILHO. José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro.** 39ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Antonia Teresinha de. **Políticas públicas e a atividade administrativa.** São Paulo: Fiuza, 2005

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios:** o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção Judicial nas Políticas Públicas:** o problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade.** São Paulo: RT, 1983. p.288-289.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 437.

SILVA, José Afonso da. **A aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ACESSO À VERDADE E PROVA PENAL: LIMITES HERMENÊUTICOS À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Marcelo Cacinotti Costa[168]
Vanessa Steigleder Neubauer[169]
Vinicius de Melo Lima[170]

RESUMO: O artigo em tela pretende oferecer algumas perspectivas críticas à idéia de “verdade real” no processo penal, em especial no que tange à gestão da prova, buscando estabelecer parâmetros hermenêuticos às soluções judicativo-decisórias, com o escopo de imprimir-se um controle democrático às decisões penais, diante da problemática da discricionariedade judicial. Tendo como quadro referencial teórico a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica (Heidegger-Gadamer), com a filtragem da Crítica Hermenêutica do Direito (Streck), procura-se desvelar o mito das “verdades eternas”, a partir da compreensão do acesso hermenêutico às respostas constitucionalmente adequadas no processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Verdade real. Processo Penal. Discricionariedade Judicial. Hermenêutica.

ABSTRACT: The article aims to offer some perspectives screen criticized the idea of "real truth" in criminal proceedings, in particular with respect to its management of evidence, seeking to establish the parameters hermeneutical-judgmental decisional

---

[168] Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI), Santo Ângelo/RS. Doutorando em Direito Público pela Unisinos, São Leopoldo/RS. Professor do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). Advogado. E-mail: mccacinotti@hotmail.com

[169] Doutoranda em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo/RS. Professora do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). E-mail: borbova@gmail.com

[170] Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo/RS. Professor do curso de pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Professor do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Campus de Capão da Canoa (2013). Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul. E-mail: viniciuslima@mp.rs.gov.br

solutions with the scope to print up a democratic control of criminal decisions, on the issue of judicial discretion. Taking as reference the theoretical framework hermeneutic philosophy and philosophical hermeneutics (Heidegger, Gadamer), with filtering of Critical Hermeneutics of Law (Streck), seeks to unravel the myth of the "eternal truths" from the hermeneutic understanding of access to constitutionally adequate responses in court proceedings.

KEY WORDS: Real truth. Criminal Procedure. Judicial discretion. Hermeneutics.

Introdução

A ideia de verdade no processo penal apresenta-se em antinomias, vacuidades e obscuridades, devido à sua constituição aplicativa no exercício da efetividade da tarefa hermenêutica. Nessa perspectiva, a verdade parte do desvelamento do ser, o qual compõe uma dimensão ontológica e fenomenológica que se enlaça em sua constituição finita e historicizada.

Com efeito, a verdade é aqui considerada contingencial e ambivalente, a qual deve ser entendida como uma pressuposição provisória da facticidade. Assim, essa proposta ilustra o mito de Sísifo, para aclarar a temática que envolve o acesso à verdade na temática da prova penal, com a reflexão em torno dos limites hermenêuticos à discricionariedade judicial. A investigação estrutura-se, num primeiro momento, na problematização da verdade no processo penal; num segundo momento, aproxima a verdade no Direito como uma possibilidade ou mito; no terceiro momento, propõe um entrelaçamento entre a relação da verdade e a dimensão da liberdade, por fim, lança uma exploração hermenêutica sobre a discricionariedade judicial e a gestão da prova no processo penal.

O percurso do artigo se desenvolve em uma investigação bibliográfica que tem suas raízes na filosofia hermenêutica e na hermenêutica filosófica, com o eixo teórico em Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, além do contributo da Crítica Hermenêutico do Direito, de Lenio Luiz Streck, com o enfoque na crítica à idéia de verdade real no processo penal, à luz da compreensão da verdade como desvelamento (alethea).

A empreitada interpretativa em curso permite uma reflexão em torno do mito de Sísifo[171], um personagem da mitologia grega, que, por contrariar os deuses superiores, foi condenado a empurrar um pesado rochedo até o cume de uma montanha, e, cumprida a tarefa, ver a enorme pedra rolar montanha abaixo até o sopé ou o ponto de partida, repetindo a operação um sem-número de vezes, sem qualquer expectativa de conclusão ou êxito do intento. Em suma, a ideia do "trabalho inútil" está na raiz do mito de Sísifo.

Com efeito, o simbólico e o real mantém uma intrínseca conexão, aliás, já assinalada pela pena de Castoriadis, em sua obra "A Instituição Imaginária da Sociedade", na qual ensina que "As sentenças do tribunal são simbólicas e suas consequências o são quase que integralmente, até o gesto do carrasco que, real por excelência, é imediatamente também simbólico em outro nível"[172].

Por outro lado, vale resgatar a lição de Albert Camus, em obra intitulada "O Mito de Sísifo", na qual o filósofo francês lança uma perspectiva otimista sobre o papel de Sísifo, ao destacar que ele "ensina a fidelidade superior que nega os deuses e levanta os rochedos. Ele também acha que tudo está bem. Esse universo doravante sem senhor não lhe parece nem estéril nem fútil. Cada um dos grãos dessa pedra, cada clarão mineral dessa montanha cheia de noite, só para ele forma um mundo. A própria luta em direção aos cimos é suficiente para preencher um coração humano". E conclui: "É preciso imaginar Sísifo feliz"[173].

---

[171]O mito de Sísifo é um ensaio filosófico escrito por Albert Camus, em 1941. Camus apresenta o mito para trabalhar uma metáfora sobre a vida moderna, como trabalhadores em empregos fúteis em fábricas e escritórios. O operário de hoje trabalha todos os dias em sua vida, faz as mesmas tarefas. Esse destino não é menos absurdo, mas é trágico quando apenas em raros momentos ele se torna consciente.

[172] CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade.* Trad. Guy Reynauld. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 142.

[173] CAMUS, Albert. *O Mito de Sísifo*. Disponível em: <http://www.ead.unb.br>. Acesso em 29 de outubro de 2014.

Inúmeros são os desafios hermenêuticos enfrentados nas lides processuais penais em matéria probatória: a discricionariedade judicial no deferimento ou indeferimento de diligência ou oitiva de testemunha; o livre convencimento do julgador como argumento utilizado para legitimar a valoração da prova penal; a adoção do princípio da "verdade real" como fundamento para admitir-se a determinação de provas de ofício pelo magistrado ou, ainda, a inquirição de testemunhas sem a observância da regra do artigo 212 do Código de Processo Penal, que traz em seu bojo o princípio acusatório.

À luz do quadro anteriormente descrito, cumpre indagar: qual o lugar da verdade real no âmbito do processo penal acusatório?

Cumpre descortinar o paradigma ou a perspectiva que impulsiona a presente reflexão crítica, a título de pré-compreensão: a hermenêutica filosófica como condição de possibilidade para a superação de discricionariedades interpretativas, na esteira de Gadamer, Dworkin e Streck.

Ora, a compreensão de um instituto reclama o reconhecimento da existência de uma história institucional ou de uma tradição no sentido autêntico, uma vez que, como lembra Streck, "não há grau zero de sentido". Isso porquanto há uma tensão entre o texto e o presente, sendo que a fusão de horizontes encontra na consciência histórico-efeitual um valioso ponto de apoio para uma adequada leitura do ordenamento jurídico, tendo em vista a sua organicidade.

Na lição de Gadamer, ao cuidar da temática da incindibilidade entre os momentos de compreensão, interpretação e aplicação dos textos:

> A tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, ou seja, é tarefa da *aplicação*. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. A ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto[174].

---

[174] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. V. I. Trad. Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 432-433.

Assinala, ainda, com acerto que:

> (...) O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados. *Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos.* (...) A vigência da tradição é o lugar onde essa fusão se dá constantemente, pois nela o velho e o novo sempre crescem juntos para uma validez vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explícita e mutuamente (...). Todo encontro com a tradição realizado graças à consciência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A tarefa hermenêutica consiste em não dissimular essa tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente[175].

Mas retornemos à verdade. Falar em verdade, neste contexto de ética da responsabilidade, significa fundamentalmente apontar para a necessidade de se conceber a verdade por outro viés, diferente do falso ambiente de certeza e exatidão determinado pela modernidade[176].

A verdade aparente, fundada naquilo que se consegue visualmente se perceber, não é verdade. Assim como as realidades que foram forjadas de forma arbitrária não servem mais como pano de fundo para se falar em verdade. Notadamente, iremos identificar, a partir daqui, que algumas inovações como, por exemplo, a utilização do discurso argumentativo habermasiano, não é suficiente para estabelecer propriamente a discussão sobre verdade, pois, de uma forma travestida, acabam por retornar aos mesmos problemas identificados na filosofia da consciência[177]. Mas seguimos adiante.

---

[175] GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 404-405.

[176] "Uma notável característica das utopias modernas era a atenção dedicada ao planejamento meticuloso dos cenários da vida cotidiana – o planejamento e o desenho do espaço da cidade, onde a grande maioria dos habitantes dos mundos futuros deveria viver. E esperava-se que a clareza e a uniformidade do cenário externo assegurassem uma clareza e uma uniformidade do comportamento humano, sem deixar espaço para a hesitação, a incerteza ou a ambivalência". BAUMANN, Zygmunt. *A sociedade Individualizada. Vidas Contadas e Histórias Vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 87.

[177] "Gadamer se opõe à tese husserliana da filosofia elaborada como uma ciência estrita, onde a consciência se apresenta como consciência pura, como um eu transcendental. O reconhecimento da historicidade do ser humano, que impede conceber o homem como um sujeito que enfrenta o mundo sem suposições, sem pré-

De acordo com o que desde sempre verificamos nas discussões da doutrina tradicional do processo brasileiro, sem jamais perder de vista a importância para o direito da relação imediata entre os fatos e a verdade, cinge-se a verdade em "verdade real" e "verdade formal". A primeira seria aquela que chega ao juiz, reveladora dos fatos e com uma linha de coerência histórica, nem sempre corroborando a vontade das partes; a segunda é a resultante do próprio processo, embora muitas vezes sem uma correspondência exata com a realidade dos fatos e com a tradição histórica.

Parece-nos, no entanto, que a necessidade que levou com que se fizesse tal distinção entre verdade real e verdade formal decorre da própria diversidade existente entre o processo civil e o processo penal. Por tratarem esses ramos do Direito de bens de relevância diametralmente opostos, verifica-se que ao processo civil é dado contentar-se com uma verdade meramente formal, por não haver, de regra, bens indisponíveis, salvo os casos de direitos difusos, direito à saúde...; enquanto que, no processo penal, a preocupação pela verdade real se acentua decorrente da indisponibilidade dos bens tutelados.

De concreto, nesta distinção, retiramos somente que no processo civil, diferentemente do processo penal, há um menor desapego às formalidades, num sentido de priorizar a celeridade. De qualquer forma, não imaginamos qualquer tipo de relação processual descomprometida com a verdade, seja ela a dita verdade formal ou a dita verdade real, sob pena, então, de estarmos enfraquecendo demasiadamente o crédito social que detém (ou deve ter) a jurisdição.

Falar em "*verdades eternas*"[178], no entanto, significa entrarmos num terreno movediço e cercado de mitos e utopias, pois, ao fim e ao cabo, a verdade que se

---

juízos, diferencia a filosofia de Gadamer da fenomenologia de Husserl e do racionalismo de Descartes". GAETA, Rodolfo; GENTILE, Nélida; LUCERO, Susana. *Aspectos Críticos das Ciências Sociais. Entre a realidade e a metafísica*. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 197.

[178] "Afirmar 'verdades eternas' e confundir a 'idealidade' da pre-sença, fundada nos fenômenos, com um sujeito absoluto e idealizado pertencem ao resto da teologia cristã no seio da problemática filosófica, que há

propala como indispensável à finalidade do processo tem um valor muito mais ligado à legitimação das decisões judiciais, como fundamento para manter o reconhecimento social da jurisdição, do que propriamente a se chegar ao substrato da mais "pura" verdade.

Assim, a verdade objetiva amplamente propalada e avidamente perseguida nos processos judiciais, em grande medida, não ultrapassa a função de legitimar e preservar o crédito social da prestação jurisdicional, pois se pretende criar a impressão de que a decisão amparada na mais pura verdade está certificada pela justiça e, dessa forma, é capaz de superar a dúvida que possa contaminar a melhor decisão[179].

De tudo, falar de verdade formal e verdade real no processo dentro de um contexto dogmático e epistemológico até reconhecemos possível. Entretanto, quando nos damos conta de que este processo de que falamos é o instrumento criado para dar cabo em soluções de conflitos entre pessoas, instaura-se uma sensação no sentido de que esta discussão é inócua e contribui apenas para procrastinar ainda mais o processo judicial que já se caracteriza pela morosidade e pela inefetividade.

Em meio a esta discussão sobre espécies de verdade chegamos a uma única certeza: a de que o ideal de verdade universal e absoluto tão almejado e propalado no processo não passa de uma miragem, uma utopia, algo que não se concretiza. Não podemos falar de verdade formal, muito menos de verdade real (absoluta), simplesmente por que esta verdade que se quer atingir não constitui e nem integra a estrutura existencial do sujeito, principalmente porque a verdade está, também, na não-verdade[180]. O *Dasein*, portanto, está tanto na não-verdade como na verdade.

---

muito não foram radicalmente expurgados". Heidegger, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 299.

[179] E a prova disso se dá no mundo concreto. Quem já não deparou com uma sentença judicial totalmente divorciada da verdade?

[180] Conforme Martin Heidegger, parágrafo 44º de Ser e Tempo.

Isto significa que o *Dasein* decadente *se perdeu em seu "mundo"*[181] e se distancia da verdade, como *ser-com* impessoal.

Da leitura de Ser e Tempo, constatamos que Heidegger é categórico ao afirmar que o conceito de verdade está também na não-verdade, ou seja, ela não se dá como uma característica intrínseca das coisas, mas irá aparecer como uma descoberta, num desvelar constante (*diferença ontológica*).

O processo interpretativo, assim, ensina Hans-Georg Gadamer, pode reiterar-se *ad infinitum*, já que a tarefa hermenêutica consiste num trabalho nunca acabado, pois no transcurso da história é contínuo o crescimento do contexto da obra que buscamos compreender. Variam as conjecturas e mudam as perspectivas com as quais o texto foi considerado, tornando sempre possíveis novas e melhores interpretações.

O fenômeno da verdade liga-se à questão da descoberta e do caráter de relação com o mundo que se dá pela *pre-sença*[182]. De forma livre e não induzida para um resultado pretendido, como Heidegger a concebe: "A verdade como abertura e ser-descobridor, no tocante ao ente descoberto, transforma-se em verdade como concordância entre seres simplesmente dados dentro do mundo. Com isso, fica demonstrado o caráter ontologicamente derivado do conceito tradicional de verdade"[183].

No §44 de Ser e Tempo, Heidegger aborda a questão da verdade e deixa bastante claro que ela não pode ser encontrada nas *proposições*[184] pura e simplesmente, principalmente porque a verdade não está na definição metafísica, mas decorre da questão do ser e de sua manifestação fenomenológica.

---

[181] HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p. 290.

[182] Na versão brasileira de Ser e Tempo, publicada pela Editora Vozes, a tradutora Márcia de Sá Cavalcante opta por substituir a expressão ser-aí por pre-sença na tradução da palavra *Dasein*, enquanto que para o original de Heidegger esta definição se resumiria meramente para definição do homem.

[183] HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.*, p. 294.

[184] "A proposição permanece considerada em todo o pensamento de Heidegger um modo inferior de discurso. Podemos afirmar algo de entes, mas não do ser. Fazê-lo acaba por apresentar ser como um 'objeto'". INWOOD, Michael. Op. cit., p. 154.

Sobre o conceito tradicional de verdade[185], Heidegger irá dizer que “para se esclarecer a estrutura da verdade, não basta simplesmente pressupor esse todo relacional, mas é preciso reconduzir o questionamento a seu contexto ontológico que sustenta esse todo como tal”[186]. A verdade não possui, portanto, a estrutura de uma concordância entre conhecimento e objeto, no sentido de uma adequação entre um ente (sujeito) e um outro ente (objeto). Neste sentido é que, Wálber Araújo Carneiro diz que “o fato de uma proposição poder ser falsa é a prova inequívoca de que a verdade não está na proposição[187].

Assim, podemos afirmar seguramente que a questão central da verdade encontra-se na *diferença ontológica*[188], ou seja, no movimento circular entre o *como apofântico*[189] e o *como hermenêutico*. A verdade é algo que faz ver o ente, mas não se encontra dentro do ente como característica objetiva de sua estrutura: está no acontecer fenomenológico do ser que se dá a partir da abertura.

A verdade será considerada, assim, como movimento, um acontecer, um desvelamento. Esse movimento não é um processo decorrente de uma intencionalidade da consciência prévia, mas, ao contrário, é o resultado de um

---

[185] “Três teses caracterizam a apreensão tradicional da essência da verdade e a opinião gerada em torno de sua primeira definição: 1. O ‘lugar’ da verdade é a proposição (juízo). 2. A essência da verdade reside na ‘concordância’ entre o juízo e seu objeto. 3. Aristóteles, o pai da lógica, não só indicou o juízo como o lugar originário da verdade, como também colocou em voga a definição da verdade como ‘concordância’”. HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.*, p. 282.

[186] Idem, p. 284.

[187] CARNEIRO, Wálber Araújo. *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Limites e possibilidades de uma filosofia no direito*. Tese de Doutorado, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009, p. 166.

[188] Pode ser dito como a distinção entre ser e ente, que se levam apartados um do outro e, ainda assim, relacionados um com o outro.

[189] Heidegger distinguiu o *como apofântico* do *como hermenêutico,* existenciário hermenêutico (Ser e Tempo, § 33º. O “*como apofântico*” é o como da asserção (*Aussage*) e corresponde ao como de estar presente (*Vorhande*)*,* é o como do estar à mão (*Zuhande*), pode-se considerar um objeto determinado e se perguntar sobre as suas propriedades, ou seja, pergunta-se pela mesa e se responde com asserções relativas à mesa. Enquanto que o como hermenêutico iremos perguntar pelo para que da mesa, deixando bem claro que as propriedades de um objeto não determinam a sua condição existenciária.

acontecer da verdade, que tem como condição de possibilidade a abertura do ente, historicamente[190].

Mas se a verdade reside no ser, o que garantiria que o ser que acontece é um ser verdadeiro? A resposta a este questionamento se constitui um dos pontos centrais da filosofia existencial de Heidegger. Nada poderá garantir que o ser da verdade é um ser verdadeiro, pois a verdade também reside na não verdade[191], como já dito.

Heidegger ensina que "Em sua constituição ontológica, a presença é e está na 'não verdade' porque é, em sua essência, 'de-cadente'. Todavia, somente na medida em que a pre-sença se abre é que ela também se fecha; e somente na medida em que, com a pre-sença, já sempre se descobriram os entes intramundanos é que eles, enquanto encontro possível dentro do mundo, já se encobriram (velaram) e deturparam"[192].

No acontecer fenomenológico, o ente que vem ao nosso encontro se manifesta com uma abertura parcial. Jamais teremos do ente uma abertura absoluta que nos possibilite conviver unicamente com a verdade, pois não é característica existencial do ser-aí se manifestar de forma totalmente aberta e transparente.

O ser jamais se mostra isolado do mundo. O seu existencial é *ser-com (a gente)*, em meio ao contexto social em que vive e, por conta disso, nunca se mostra por inteiro. Isto, então, constitui uma das variáveis que constituem e caracterizam o

---

[190] "As afirmações de verdade, para Heidegger, fundamentam-se numa estrutura ontológica, um aspecto da qual é o facto de que os seres humanos se encontram em contextos historicamente variáveis". HODGE, Joanna. *Heidegger e a Ética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 297.

[191] "A dejecção da existência inautêntica é, pois, possível, porque a própria verdade implica em si a não-verdade, como obsurecimento ligado necessariamente a toda a iluminação. O que em Sein und Zeit permanecia como um enigma e a razão de o Dasein estar quase sempre, e em primeiro lugar na existência inautêntica, é aqui referido à própria essência da verdade, isto é, à própria estrutura do ser: com efeito, quando falamos do ente na sua totalidade, adverte Heidegger, na realidade pensamos no ser, por mais que, desde há muito tempo (e esta é a história da metafísica) estejamos habituados a concebê-lo apenas em referência à totalidade do ente". VATTIMO, Gianni. *Introdução à Heidegger*. 10. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 84.

[192] HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.*, p. 290-291.

ente do ser na diferença ontológica, pois nunca o veremos como um todo e nunca o veremos na completude e seu contexto.

O paradigma heideggeriano nos aponta para um contexto mais harmônico dessas relações, pois o ser acontece *como hermenêutico*, em projeto que não dominamos e que se antecipa independentemente das nossas vontades. Portanto, podemos concluir que todo o acontecer antecipado é, necessariamente, um acontecer verdadeiro.

No ponto, Wálber Araújo Carneiro comenta:

> Certamente, haverá algo de subjetivo na compreensão – afinal, o que acontece depende de uma visão de mundo e a 'história de vida' do sujeito será determinante para tanto – mas isso não significa que esse acontecer seja um arbítrio, pois ele sequer terá tempo para optar por um projeto compreensivo determinado ou para pensar em métodos constitutivos desse projeto. Tudo chegará tarde. No acontecer originário sempre haverá a verdade, porque sempre haverá um desvelamento que trará à tona um sentido do ente que fora construído intersubjetivamente e no qual o dasein está imerso. Só faz sentido falar em verdade porque o eu está aí com os outros. Se estivéssemos sozinhos e se esse estar sozinho significasse ausência total do outro, o eu sozinho seria equivalente a Deus. E para Deus não faz sentido falar em verdade e em conhecimento, tampouco em diferença ontológica entre ente e ser. Só falamos em verdade e em conhecimento porque há um mundo de sentido que não construímos sozinhos, e que já pressupõe o estar com o outro[193].

A verdade do ponto de vista fenomenológico deve ser uma verdade democrática, pois não se harmoniza com o arbitrário. Portanto, o ser que se projeta autenticamente não permite espaço para a arbitrariedade nem para o totalitarismo, pois qualquer verdade imposta é necessariamente uma verdade a-histórica e dissociada da faticidade.

Percebe-se mais claramente a sutileza dos conceitos de verdade quando nos deparamos com conceitos (inexoravelmente) "abertos", que deixam ao intérprete toda a carga valorativa, como, por exemplo, o disposto no artigo 312 do Código

---

[193] CARNEIRO, Wálber. *Op. cit.*, p. 170.

Penal[194], o qual autoriza o juiz decretar a prisão preventiva para a preservação da "*ordem pública*". Ora, o conceito descrito na norma jurídica é tão subjetivo que, invariavelmente, a decisão judicial que se fundamenta unicamente com base neste critério torna-se por vezes arbitrária e de difícil relacionamento com o que seria propriamente verdade.

Quando alguém é preso especificamente em nome da *"ordem pública"*, dá-nos a impressão de que o julgador não está preocupado se o seu decreto se encontra ou não contextualizado numa realidade que permita ser utilizado. Ao contrário, passa-nos a impressão de que a única preocupação de verdade que o juiz teria está relacionada ao fato de ser aceito como verdade que somente ele (o juiz) detém a capacidade para melhor compreender o que seja aquele conceito, pois a lei é apenas o instrumento do exercício de uma metodologia rígida, que é propriedade exclusiva do julgador.

Neste contexto, a verdade passa ser algo criado e pré-ordenado dentro de um determinado contexto social para manter e determinar certas ideologias sociais em detrimento de outras. Para exemplificar, poderíamos citar inúmeros movimentos sociais de abrangência social nacional e internacional, que historicamente foram solapados e reprimidos por contextos sociais altamente arbitrários[195], pois detentores de verdades absolutas sem liberdade para qualquer tipo de manifestação contrária, mesmo que de origem popular.

Daí a grande contribuição da democracia que possibilita a abertura. A abertura possibilita a reflexão sobre alguns conceitos que são considerados absolutos.

Em alguns momentos históricos poderíamos entender uma manifestação pública de determinada orientação sexual como "atentado a ordem pública". Igualmente poderíamos entender como subversão manifestações de grupos étnicos

---

[194] A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

[195] A Colonização da África e das Américas, o Regime nazi-fascista, a Ditadura Militar na América Latina, para citar alguns momentos históricos de arbítrio instaurado.

postulando maior inserção na educação; ou grupos de trabalhadores rurais postulando que o Estado tenha uma efetiva política de reforma agrária.

E poderíamos ir mais longe ainda caso nos perguntássemos sobre o conceito de dignidade da pessoa humana. O que é isto? Qual seu significado? Por certo podemos concordar que seu conteúdo hoje é diverso do que foi o seu conteúdo ontem, bem como, muito provavelmente, será diverso o seu conteúdo amanhã[196].

Portanto, o fato é que, em grande medida, as verdades estão intimamente ligadas aos acontecimentos históricos e à sedimentação social, pois têm função de manutenção e monopolização de poder, notadamente dentro dos contextos políticos e filosóficos de matriz positivista.

Nesta altura, já é possível enxergar com mais precisão o lugar próprio da verdade. Heidegger irá nos dizer que a compreensão poderá vigorar propriamente ou impropriamente. A verdade ou o desvelamento irá acontecer quando a compreensão acontece de forma livre e autêntica. É aí que aparecerá a verdade da existência[197].

E a verdade da existência, por sua vez, está ligada à liberdade.

Quando falamos em liberdade não queremos falar da concepção de liberdade descrita pela tradição. A liberdade de que se fala não advém da idéia de liberdade como propriedade do sujeito, ou seja, como mera vontade ou faculdade do homem. Em Heidegger, a liberdade é um modo de ser, devido à compreensão do homem como *Dasein*. Portanto, a liberdade de que se trata é aquela que deixa ser o ente, retirando-o de sua obscuridade, fazendo-o vir à tona. Trata-se do comportamento ou possibilidade de ser aquilo que deixa o ente livre para se desvelar. O *Dasein*, então, constitui-se como posse da liberdade, pois fora de liberdade não há *Dasein*.

---

[196] Neste ponto é possível relacionar a temática ao método heideggeriano denominado de indícios formais. Ou seja, inexiste a possibilidade de exaurimento do sentido de um conceito, pois o seu sentido está ligado ao tempo. Daí a ideia de que os conceitos apenas indicam em uma determinada direção, mas jamais conterão todos os sentidos como verdades absolutas.

[197] "Mas, por causa da decadência, o real tende a aparecer impropriamente, ou seja, velando seu ser mais próprio, posto que, na decadência, a compreensão é norteada pelo impessoal. Se a compreensão autêntica gera a verdade da existência, a decadência gera a não-verdade ou o velamento originário. Ser na verdade e na não-verdade é o destino do Dasein". CABRAL, Alexandre Marques. *Heidegger e a Destruição da Ética*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009, p. 92.

Neste sentido, Alexandre Marques Cabral bem observa:

> Devido ao comportamento, o *Dasein* funda um horizonte significativo em cujo seio a totalidade do real se dá. Neste sentido, caso este horizonte não deixasse o *Dasein* livre para relacionar-se com os entes, não haveria enunciação e, concomitantemente, a verdade no sentido tradicional não vigoraria. Somente neste ser livre a concordância pode vigorar – esta é a liberdade no sentido arcaico-originário. Ser livre, então, não é uma propriedade do sujeito humano; nada tem a ver com ter posse do destino da vontade; não se trata de algum tipo de livre-arbítrio. Liberdade, aqui, é a própria essência da verdade, ou seja, é a condição de possibilidade de toda adequação entre proposição e a coisa. Por isso a sentença de Heidegger: "A essência da verdade é a liberdade"[198].

Por fim, a verdade é contingente e deve se concentrar o mais próximo possível do espaço hermenêutico, aquele que jamais irá prescindir do real, que dá condições de possibilidade para que a verdade se dê indissociada da experiência prática, histórica, filosófica e artística que é própria da condição humana e essencial à construção do conhecimento. Como experiência prática e histórica, a verdade irá se relacionar com a historicidade. É o que veremos a seguir.

Verdade e sua aproximação para com Liberdade

Hans Georg Gadamer sustentava, em suas lições, a relação da historicidade[199] com a filosofia e a formação do pensamento como algo que não conseguimos ignorar. Portanto, a verdade significa sempre a relação entre presença e pensamento que constitui e define uma época histórica específica, uma época de presença.

---

[198] CABRAL, Alexandre Marques. Op. cit., p. 93.

[199] "Só um existente que em seu ser é essencialmente futuro, de tal modo que, livre para a morte, possa, destruindo-se nela, deixar-se desculpar da presença que de facto realiza – por outras palavras: só um existente que, enquanto futuro, seja uma simultaneidade inicial um existente que é 'tendo-sido' (Gewesend) pode, transmitindo-se a si próprio a possibilidade que recebe em herança, assumir a própria derelição e, no mesmo instante, 'ser para o seu tempo'. Só uma temporalidade autêntica, que é ao mesmo tempo temporalidade finita, possibilita algo como um destino, isto é, uma historicidade autêntica". TROTIGNON, Pierre. *Heidegger*. Biblioteca Básica de Filosofia. 1965, p. 74.

E o Direito talvez seja o que melhor exemplifica esta relação entre o tempo, a historicidade e a verdade, pois, quando indagamos a respeito das coisas, já temos uma ideia prévia acerca de sua constituição; fala já a história. Ovídio A. Baptista da Silva, há muito tempo, definia muito bem essa relação: “Houve tempo em que as jovens que se exibissem com maiôs de duas peças nas praias brasileiras, corriam o risco de responder a processo criminal por atentado violento ao pudor. O Código Penal não mudou. Mudou o ‘fato’, não obstante conservar-se o mesmo. Sua ‘significação’ transfigurou-se, no curso do tempo”[200].

Isso demonstra que, se fossemos defensores da lei sem intervenção moral, ou seja, negando a historicidade que é própria do mundo e é própria de *estar-no-mundo*, certamente estaríamos adentrando numa zona artificial e de pura arbitrariedade, como idealizou o iluminismo ao conceber a lei como detentora de uma única vontade: a lei do tirano que acreditava ter produzido o milagre de um texto divinamente perfeito, posta ao julgador como a expressão de sua vontade.

Negar a faticidade sedimentada pela tradição histórica, portanto, é impor uma realidade artificial completamente divorciada das necessidades sociais. Lenio Luiz Streck, nesse aspecto, afirma que “no texto legal há sempre um contexto”, portanto, “quando o juiz aplica a lei estará aplicando não o texto-em-si, mas o sentido que esse texto adquiriu na tradição”[201].

Assim, não remanesce dúvida de que a verdade, embora sempre presente o sentimento utópico quanto a sua pureza e a sua universalidade, decorre de uma relação histórica, não arbitrária e livre[202].

E quanto à relação verdade/liberdade, o ser-aí na sua relação consigo mesmo, onde se dá a possibilidade de ser ou não ser ele mesmo, inclui a liberdade

---

[200] SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 173.

[201] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 462.

[202] “A essência da verdade desvendou-se como liberdade. Esta última é o deixar-ser ec-sistente o ente. Todo o comportamento aberto se desdobra (schwingt), deixando-ser o ente e tomando atitude perante tal ou tal ente particular. A liberdade concedeu, de antemão, todo e qualquer comportamento ao ente em totalidade, já que é abandono ao desvendamento desse ente em totalidade e como tal.” TROTIGNON, Pierre. Op. cit., p. 75.

como sendo uma de suas determinações fundamentais. Não é por outra razão que Paulo Rudi Schneider afirma: “A liberdade representa a possibilidade de o ser-aí ser mais propriamente si mesmo, ou permanecer numa situação imprópria em identificação inconsciente e nivelamento geral social”[203].

Veja-se que as formas de encontro do sujeito com a finitude integram, de forma igualmente originária com a liberdade, a estrutura temporal de existência, o que possibilita o destino do homem e da sua historicidade. Portanto, o ser humano só é livre enquanto efetuação de escolha constante de si no processo de finitude[204].

A liberdade decorrente do processo de ir e vir, velar e desvelar, pois, confunde-se com a própria verdade enquanto *Aletheia*[205], no dar-se conta da ocorrência de si e se desvencilhar das redes de uma compreensão absolutamente neutralizada pela objetivação.

O dar-se conta da finitude e da possibilidade de ser projeto irá constituir uma liberdade que significa propriamente a ocorrência da verdade. Não uma verdade universal e estática, mas uma verdade constituída num ambiente fenomenologicamente hermenêutico.

Nesse sentido, Paulo Rudi Schneider alude à conferência sobre a essência da verdade, de Heidegger:

> Na conferência Sobre a essência da verdade a liberdade é primeiramente explicitada como essência da verdade, entendida como proposição correta para, logo adiante, inverter-se, mostrando-se como verdade mais original do ser. Verdade mais original do ser. Verdade e liberdade se entretecem de tal forma que até a não-verdade, livremente possível, não pode ser remetida à incapacidade subjetiva do ser-aí, mas à própria essência do ser. Assim, inversamente, é permitido dizer-se que o homem, no processo de realização da verdade, não se pode arvorar em ser o seu proprietário e produtor, mas que também nessa situação pode entender a compreensão ocorrente como dádiva do ser enquanto ser-aí que é. Entender-se como proprietário e produtor de liberdade fundamentada objetivamente seria o mero retorno enganoso à prisão do auto-

---

[203] SCHNEIDER, Paulo Rudi. *O Outro Pensar*. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 26.

[204] “É a finitude propriamente assumida que expressa a liberdade do ser humano”. Idem, p. 26.

[205] “*Aletheia* é o termo grego para ‘verdade’, veracidade, honestidade, sinceridade. Nós perdemos a idéia do encobrimento e assim a força privativa de a-letheia: a luz é constante – nunca ligada ou desligada – e revela tudo que há qualquer um que olhe”. INWOOD, Michael. Op. cit., p. 5.

> esquecimento da condição de ser-aí. O ser aí enquanto compreensão de ocorrência na verdade devolve todo o fundamento ao ser e, com isso, funda-se na liberdade [206].

Contrariamente à liberdade, o autoritarismo a que ora nos referimos é aquele que se esconde sob o manto do racionalismo e do dogmatismo, formador do Direito contemporâneo, caracterizado principalmente como uma ciência formal e abstrata. E o juiz, ao exercer a jurisdição dentro dos estritos termos das concepções metafísicas que recebeu e lhe formou, está a contemplar um autêntico estado de "autoritarismo judicial", incrivelmente respaldado pela "legalidade".

Observemos que as pessoas não se dão conta do incrível ardil que o sistema dogmático baseado na subsunção proporciona, já que não conseguem emergir para além do que acreditam estar sendo mostrado. Ficam, assim, impedidos de qualquer reação contrária ao legalismo porque o contexto onde tudo se dá é o de "razão pura", herança do processo histórico que formou a sociedade moderna, profundamente enraizada e de difícil superação.

A partir da *metáfora do artista* e da *obra de arte*[207], há o rompimento com o modelo dogmático com que estamos acorrentados – de cariz racional-legalista –; já que nos remete a enxergar a clareira, possibilidade para pensar o impensado, conduzir o Direito como condição de possibilidade, pois, do contrário, estamos condenados ao reducionismo de verdades universais, impostas pela tradição metafísica, que há muito vem produzindo efeitos colaterais no Direito.

Quiçá pudéssemos conceber o mundo e as coisas da mesma forma com que o artista concebe sua arte, como genialmente observado por Gadamer[208]. Poderíamos pensar, então, no "juiz-artista", por exemplo, constitucionalmente detentor de poder jurisdicional, que faz daquela atribuição o exercício de sua

---

[206] SCHNEIDER, Paulo Rudi. Op. cit., p. 27.

[207] Distinção feita por Heidegger entre obra de arte e instrumento: a obra de arte caracteriza-se pelo fato de se impor como digna de atenção enquanto tal; o instrumento se esgota no uso e na referência ao mundo, que será abordada adiante.

[208] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis : Vozes, 2003.

atividade própria e autêntica. Por certo que o juiz-artista seria, no exercício de sua tarefa constitucional, muito mais responsável com a jurisdição e preocupado com a efetividade do que qualquer outro.

O juiz artista é diametralmente oposto ao juiz da razão prática (solipsista) e do *dogmatismo*[209]. Do que se pode dizer do que não constitui o juiz-artista, por si só, prescinde definir. Agora, como deveria ser o juiz-artista, podemos afirmar que ele não se define aprioristicamente, não se exaure como objeto, não se posiciona como "recurso" ou "instrumento" e, principalmente, atua sua jurisdição de forma constitucionalmente responsável.

Discricionariedade judicial e gestão da prova no processo penal

Como já observado, vincular o processo ou qualquer outra categoria do Direito à tentativa de impor verdades (a lei com sentido único) significa continuar trabalhando com conceitos totalmente desvinculados do real.

É certo que para entendermos este fenômeno devemos refletir sobre as bases de formação do nosso sistema processual, o qual se limita consideravelmente a adotar o padrão racional-iluminista que, na busca artificial da verdade, seja ela qual for, desvincula o processo (Direito) do mundo da vida e, além disso, sobreleva a lei como detentora de um único sentido, como um cânone[210].

---

[209] É a metáfora do "*Juiz Hércules*" de Ronald Dworkin: "Hércules não é, nem de longe, um solipsista, um 'protagonista', alguém que decide sozinho. Ele é 'Hércules' não pela capacidade 'sobre-humana' de, com 'bom-senso', 'prudência' ou 'discrição' resolver, com 'justiça', os casos que chegam à sua jurisdição. A sua 'extraordinária capacidade' não é voltada à introspecção, mas à compreensão do Direito como totalidade, e isso implica, necessariamente, tomar em consideração o que fizeram (com acerto) os demais juízes do passado e do presente, além da produção legislativa". MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial*. Blumenau: Conceito, 2010, p. 88.

[210] Os axiomas de que se fala têm ligação com a concepção da modernidade em associar o Direito como postulado do jusnaturalismo. Portanto, ao se conceber o Direito igualmente como se concebe as leis da física ou da matemática, termina-se por plantar a falsa ideia (humanista) de que, nas ciências humanas, assim como se dá

A temática da verdade e da gestão da prova no processo penal deve ser compreendida à luz das diferenças entre o sistema inquisitório e o sistema acusatório.

Com efeito, ensina Ferrajoli, em sua obra *Direito e Razão*, na qual sustenta as balizas teóricas da doutrina do garantismo penal, que a

> (...) verdade almejada e perseguida pelo processo inquisitório, sendo concebida como absoluta ou substancial, e conseqüentemente *única*, não pode ser de parte, e não admite, portanto, a legitimidade de pontos de vista contrastantes cujo conflito deva ser arbitrado por um juiz terceiro. Disso deriva que o sistema inquisitório não só não exige, mas exclui o controle desde baixo, em especial o controle do imputado. Segredo, escritura e sobretudo ausência de contraditório e de defesa são os corolários da sua epistemologia eminentemente substancial, que remete a obtenção da verdade unicamente à capacidade e ao poder de investigação do juiz-postulante. À concepção monista da verdade corresponde o caráter monista e monológico da atividade processual, cujo único protagonista é o juiz, que é ao mesmo tempo acusador e exige demais a colaboração do imputado. Entende-se que sobre essa base não há sentido em falar de ônus da prova a cargo da acusação, mas, no máximo, de *necessidade da prova*: exigida, pretendida – ou totalmente extorquida – do próprio acusado.

Por sua vez, refere o doutrinador citado, que

> (...) a verdade perseguida pelo método acusatório, sendo concebida como relativa ou formal, é adquirida, como qualquer pesquisa empírica, através do procedimento por prova e erro. A principal garantia de sua consecução é conseqüentemente confiada à máxima exposição das hipóteses acusatórias à falsificação pela defesa, isto é, ao livre desenvolvimento do conflito entre as duas partes do processo, portadoras de pontos de vista contrastantes exatamente porque titulares de interesses opostos. No conflito, ademais, o primeiro movimento compete à acusação. Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação. Daí o corolário do *ônus acusatório da prova* expresso pelo nosso axioma A9 *nulla accusatio sine probatione*. (...) Do mesmo modo que ao acusador são vedadas as funções judicantes, ao juiz devem ser em suma vedadas as funções postulantes, sendo inadmissível a confusão de papéis entre os dois sujeitos que caracteriza ao contrário o processo misto, em que o Ministério Público forma as provas e decide acerca da liberdade pessoal do imputado e o juiz, por sua vez, tem poderes de iniciativa

---

com a lei da gravidade, os postulados normativos são absolutos e, portanto, instaura-se um ambiente acrítico e estático.

em matéria probatória e desenvolve de fato a investigação com o auxílio da acusação"[211].

Não obstante, vale sublinhar que a teoria do garantismo penal tem seus limites, pois não resolve o problema da discricionariedade judicial, admitindo a figura do poder de disposição pelo juiz, com o emprego de valores substanciais, extra ou metajurídicos, nos casos em que há inexistência ou insuficiência da regra semântica penal, a exemplo de expressões indeterminadas ou antinomias semânticas e a conseguinte "inverificabilidade das denotações penais dos pressupostos das decisões"[212].

Em tal perspectiva, a hermenêutica vai além do garantismo, o qual "*não consegue livrar-se dos espaços de discricionariedade, tampouco das questões semânticas*". Daí se extrai que, "à falta do controle semântico (da possibilidade de verificação e de refutação), a interpretação dá lugar à discricionariedade (...)"[213]. Percebe-se, pois, que Ferrajoli ainda continua atrelado ao positivismo jurídico de cariz normativista (o qual não se confunde com o paleojuspositivismo ou positivismo primevo) e à filosofia da consciência da tradição iluminista.

Há, pois, "*uma imensa dificuldade de libertação de toda carga conceitual que foi legada pelos anos de predomínio do positivismo*", razão pela qual "continua-se a *apostar na discricionariedade judicial para resolver o problema da decisão*"[214].

A esse respeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem sufragado os dogmas da verdade real, do livre convencimento do juiz e do poder discricionário na gestão da prova penal, como se depreende dos seguintes julgados:

---

[211] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e* Razão. Teoria do Garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et all*. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 562.

[212] FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 161.

[213] PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para Além do Garantismo.* Uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 114.

[214] STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto* – decido conforme minha consciência? 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 101.

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA A, C.C O § 4º, INCISOS I E II, TODOS DA LEI N.º 9.455/97. INDEFERIMENTO DE PERÍCIAS EM PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INQUISITORIAL DEVIDAMENTE MOTIVADO. SIMULAÇÃO DOS FATOS. DILIGÊNCIA DESNECESSÁRIA. ART. 184, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Quanto ao sistema de valoração das provas, o legislador brasileiro adotou o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o Juiz, ao extrair a sua convicção das provas produzidas legalmente no processo, decide a causa de acordo com o seu livre convencimento, em decisão devidamente motivada.

2. Não ocorre cerceamento de defesa nas hipóteses em que o Juiz reputa suficientes as provas já colhidas durante a instrução. O Julgador não está obrigado a realizar outras provas com a finalidade de melhor esclarecer a tese defensiva do Réu, quando, dentro do seu livre convencimento motivado, tenha encontrado elementos probatórios suficientes para a sua convicção. Precedentes desta Corte.

3. No caso, o Magistrado singular indeferiu fundamentadamente os pedidos da Defesa, considerada a desnecessidade da realização de novas provas para a busca da verdade real. Se o Juiz monocrático não constatou a necessidade da realização de novas diligências além daquelas já produzidas na fase inquisitorial para a formação de seu convencimento, não ocorre cerceamento de defesa (...). (RHC 30253, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 10-10-2013)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006). JUNTADA DE LAUDO DE EXAME TOXICOLÓGICO DEFINITIVO DE OFÍCIO PELO JUIZ. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. POSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO DETERMINAR A PRODUÇÃO DE PROVAS NECESSÁRIAS À FORMAÇÃO DO SEU LIVRE CONVENCIMENTO. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. Embora o juiz seja um órgão do Estado que deve atuar com imparcialidade, acima dos interesses das partes, o certo é que o próprio ordenamento jurídico vigente permite que, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessárias para a formação do seu livre convencimento, sem que tal procedimento implique qualquer ilegalidade (...). (HC 192410, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Jorge Mussi, j. 11-9-2012)

HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA E VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA. DESNECESSIDADE DE DILIGÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INOCORRENTE. ORDEM DENEGADA.

> A realização de diligência solicitada pela defesa sujeita-se à análise da necessidade e da oportunidade com relação ao contexto da ação penal, situação aferível pelo juiz do caso por meio do juízo de proporcionalidade.
>
> No caso vertente, o juiz motivou adequadamente o indeferimento, porquanto a solicitação da defesa mostra-se inócua ao intuito de reverter a prova dos autos e de modificar o contexto da verdade real. Ordem denegada. (HC 73605, Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 25-9-2008)

A verdade não é uma questão de método[215], mas sim, de compreensão da historicidade do *Dasein* (ser-aí), de tal modo que "Verdade será, assim, des-velamento, des-ocultação (alétheia = isto aí que foi arrancado da ocultação)". Daí se vê – no dogma da verdade real - a influência do método cartesiano que Heidegger critica no tópico que denominou *A essência do eu (mesmo) como consciência*[216]:

> Sobretudo, é a partir de Descartes que se vê a essência do eu na consciência. O eu é o que sabe de si mesmo; este estar consciente de si mesmo determina o ser do si-mesmo. A conseqüência natural dessa determinação é que o eu se dissolve num feixe de representações. Estas permanecem assim, mesmo que todas elas se ordenem para um pólo só, o chamado pólo do eu, donde elas se irradiam. Nem o agir, nem mesmo a decisão, nem até o caráter fundamental da historicidade e da dependência essencial do homem em relação com a co-presença dos outros homens servem aqui de princípio e arranque para si mesmo. Caráter pontual, sem história nem espiritualidade, do eu cartesiano corresponde inteiramente ao que o primado do pensamento matemático decide a priori sobre os seus possíveis objetos.
>
> A consciência do eu e sua forma é que aqui determinam o ser do si-mesmo. Este primado da consciência diante do ser decorreu, de modo totalmente arbitrário, do predomínio do método matemático. As conseqüências desastrosas deste primado no tempo posterior a Descartes nos vêm ao encontro no sistema de Hegel. O eu é entendimento e vontade determinada pelo entendimento, não, porém, espírito; o conceito posterior de espírito ainda não está presente.

---

[215] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 291.

[216] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Verdade*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 56-57.

Na esfera da hermenêutica jurídica, consoante refere Coelho, o horizonte hermenêutico acentua ao intérprete-aplicador o "dever de prestar contas do seu trabalho interpretativo, o qual, para ser legítimo, há de ser racional, objetivo e controlável", uma vez que não se coaduna com o princípio do Estado Democrático de Direito a figura do "oráculo despótico ou iluminado, que esteja acima da lei e dos critérios usuais de interpretação"[217].

Em sua Crítica Hermenêutica do Direito, desenvolvida, em especial nas obras *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* e *Verdade e Consenso*, Lenio Streck aponta cinco princípios com o fito de estabelecer padrões hermenêuticos para a decisão judicial, quais sejam: a) preservar a autonomia do Direito; b) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional; c) garantir o respeito à integridade e à coerência do Direito; d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; e e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada[218].

Merece relevo, pois, a adoção de parâmetros hermenêuticos de sindicabilidade das decisões penais, na perspectiva da tradição, da coerência, da integridade[219] e da responsabilidade do juiz quanto ao dever de motivação das

---

[217] COELHO, Inocêncio Mártires. "Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional". *In* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Brasília Jurídica, 2002, p. 68-69.

[218] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 585-587. Assinala o doutrinador, a partir de uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, que a resposta "não é nem a única nem a melhor: simplesmente se trata da 'resposta adequada à Constituição', isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma. STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 621.

[219] Consoante ensina Dworkin, o "direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a eqüidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e eqüitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios".

decisões penais, atentando-se o magistrado aos limites semânticos dos textos normativos, em especial o Código de Processo Penal e a Constituição Federal, na perspectiva do devido processo legal acusatório, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

5. Considerações finais

Tendo em vista a diferença entre o pensamento decorrente da metafísica tradicional (filosofia da consciência), profundamente objetivante e reducionista de pensamento, e o modelo fenomenológico hermenêutico proposto de superação do dogmatismo de vetor causalista, preocupado com a faticidade e com o resultado das decisões (efetividade), impõe-se necessariamente uma mudança de rumo.

Com efeito, no Direito, a verdade tem um fundamento artificializado pela tradição filosófica, o que termina por contaminar o processo de forma a desvirtuar a jurisdição, o comprometimento e a responsabilidade que se espera de todos os envolvidos, cuja matriz se desenvolve num contexto de racionalismo e subtração do mundo concreto.

Frente a este "*estado d'arte do Direito*", utilizando o termo cunhado por Lenio Streck, representado pelo predomínio do positivismo, que sobrevive a partir das mais diversas posturas e teorias sustentadas, de um modo ou de outro, pelo predomínio do esquema sujeito-objeto e do senso comum teórico, concluímos que, mais do que uma possibilidade, a verdade como substrato para aplicação judicial é um mito que pode acabar comprometendo a própria jurisdição.

No processo penal acusatório, o magistrado decidirá a lide a partir dos elementos de prova trazidos aos autos, sob o crivo do contraditório judicial (artigos 155 e 156 do Código de Processo Penal). Há, pois, o dever de motivação ou de fundamentação, previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, que brota da responsabilidade política da jurisdição, na perspectiva da coerência e da integridade (Dworkin). Logo, uma leitura a partir do modelo puramente adversarial

---

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito.* Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 291.

(processo de partes) traz em seu bojo um pré-juízo inautêntico na comparação da lide como uma espécie de jogo de xadrez (Hart), onde o jogador que fizer uso da melhor estratégia sagrar-se-á "vencedor". Uma coisa é a aplicação das regras do ônus da prova em matéria processual penal. Outra coisa bem distinta é a aplicação de um conceito sem o filtro da hermenêutica da faticidade (Heidegger). É preciso ir para além do jogo de xadrez, a partir de uma leitura comprometida com a história institucional da Constituição e sua principiologia (devido processo legal, ampla defesa e contraditório dinâmico), mediante o controle hermenêutico da interpretação judicial.

Esse é justamente o ponto nevrálgico ou o problema do conceito da "verdade real" no processo penal: ao invés de contribuir para o saudável controle da discricionariedade judicial na aferição da prova penal, a tese fragiliza a autonomia do Direito e a própria democracia ao deslocar do Poder Legislativo – em violação ao princípio majoritário e à soberania popular – para o Poder Judiciário a decisão quanto à admissão ou rejeição de provas produzidas ainda que sob o crivo do contraditório, uma vez que confere ao juiz um indesejável protagonismo ao tarifar o que se entende por "melhor prova", em detrimento da dinâmica do processo jurisdicional democrático.

Depreende-se que a questão de fundo permanece incólume: como controlar a discricionariedade judicial no campo da prova penal? Tal enfrentamento é alvissareiro, uma vez que de nada adianta ao Ministério Público a recolha e a produção em juízo da "melhor prova", se, ao final, admitir-se o poder discricionário judicial ou o livre convencimento motivado para a sua valoração. De igual modo, em relação aos pedidos veiculados pela Defesa de produção probatória (diligências, perícias, prova oral, etc.) ou, ainda, a inversão da ordem das perguntas formuladas às testemunhas, em descumprimento à regra do artigo 212 do Código de Processo Penal, a qual é corolário do princípio acusatório. Daí que o acolhimento do dogma da verdade real no processo penal, em especial na seara jurisprudencial, representa uma espécie de retorno ao mito de Sísifo!

A verdade não pode ser perseguida pelo operador do Direito com um fim em si mesmo, como ela fosse algo possível de se relacionar diretamente com as coisas (à maneira do tudo ou nada ou do certo ou errado), dizendo de outro modo, como se

a verdade pudesse ser encontrada na proposição (relação sujeito-objeto). Ora, a verdade será verdade, ou mais próximo disto, quando se der num ambiente livre, sem arbitrariedades, a partir do respeito ao devido processo legal, a ampla defesa e, principalmente, considerando a intersubjetividade e a complexidade típica das relações sociais. Em suma, na apreciação da prova penal, entende-se que o juiz deve pautar-se pelos limites semânticos dos textos, sobretudo o Código de Processo Penal e a Constituição, atentando para os riscos do dogma da “verdade real”. Afinal, e reiterando a perspectiva de Camus, é preciso imaginar Sísifo feliz, porquanto a própria luta em direção aos cimos é suficiente para preencher um coração humano.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. A Sociedade Individualizada. Vidas Contadas e Histórias Vividas. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CABRAL, Alexandre Marques. Heidegger e a Destruição da Ética. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.

CAMUS, Albert. O Mito de Sísifo. Disponível em: <http://www.ead.unb.br>. Acesso em 29 de outubro de 2014.

CARNEIRO, Wálber Araújo. Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Limites e possibilidades de uma filosofia no direito. Tese de Doutorado, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis : Vozes, 2003.

GAETA, Rodolfo; GENTILE, Nélida; LUCERO, Susana. Aspectos Críticos das Ciências Sociais. Entre a realidade e a metafísica. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

HART, Herbert. O Conceito de Direito. Trad. A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HEIDEGGER, Martin. Ser e Verdade. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2007.

______. Ser e Tempo. Petrópolis: Vozes, 2005.

______. Todos nós... Ninguém. Um Enfoque Fenomenológico do Social, apresentação, introdução, notas e epílogo Solon Spanoudis; tradução e comentários Dulce Mara Cristelli, São Paulo: Moraes, 1981.

HODGE, Joanna. Heidegger e a Ética. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

LAWN, Cris. Compreender Gadamer. Petrópolis: Vozes, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. 1. ed. São Paulo: Brasília Jurídica, 2002.

MOTTA, Francisco José Borges. Levando o Direito a Sério: uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial. Blumenau: Conceito, 2010.

OLIVEIRA, João Luiz Benitez de. Dicionário de Latim. Belo Horizonte: Líder, 2003.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Para Além do Garantismo. Uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROSA, Alexandre Moraes da. Decisão Penal: a Bricolage de Significantes. Rio de Janeiro:

SCHNEIDER, Paulo Rudi. O Outro Pensar. Ijuí: Unijuí, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e Ideologia. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STEIN, Ernildo. Nas Proximidades da Antropologia. Ijuí: Unijuí, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

______. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

______. O que é isto – decido conforme minha consciência? 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

______. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TROTIGNON, Pierre. Heidegger. Biblioteca Básica de Filosofia. 1965.

VATTIMO, Gianni. Introdução a Heidegger. 10ª Ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

Idp MESTRADO

A (IN)EFETIVIDADE SISTÊMICA DA TIPIFICAÇÃO DOS DELITOS DE TRÂNSITO NO BRASIL

THE SYSTEMIC (IN)EFFECTIVENESS OF TYPIFICATION OF TRANSIT CRIMES IN BRAZIL

SUELEN WEBBER[220]
LEONEL SEVERO ROCHA[221]

Resumo: O presente artigo tem como objetivo central analisar qual a efetividade das tipificações dos delitos de trânsito nos últimos anos no Brasil. Tal foco impõe-se no momento em que se percebe que cada dia aumenta o clamor social por mais punição, através do Direito Penal, para questões que não são verdadeiramente problemas a serem administrados pelo Direito, mas por outros Subsistemas Sociais. Prova disto são as tipificações de delitos de trânsito incorporadas pelo Direito Penal brasileiro. Partindo da premissa sistêmica, de que cada Sistema possui uma diferenciação e função própria, é preciso verificar como o Sistema da Política, responsável pela criação das leis, absorve as informações que lhe são dirigidas, inclusive pelos Meios de Comunicação, e como isto será refletido no Sistema do Direito, responsável por operacionalizar estas leis, e manter expectativas. Após estas considerações será possível analisar que muitas vezes, diante dos influxos aceitos pelo Sistema da Política, as leis promulgadas carecem de legitimidade sistêmica e de efetividade, por vezes, interferindo em direitos fundamentais do cidadão. Por fim, será possível perceber que, como as leis são feitas sem qualquer estrutura de pesquisa sociológica, elas se tornam inefetivas em sua sociedade de complexidade, na medida em que a pena não é mais sinônimo de efetividade do

220 Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Capes 6), na Linha de Pesquisa Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. Bolsista do CNPq. E-mail: suelenwebber@terra.com.br

221 Doutor pela Escola de Altos Estudos em Ciências Sociais de Paris. Pós-Doutor pela Univesità degli Studi di Lecce-Itália. Pesquisador do CNPq. Professor Titular do PPGD da Unisinos e Coordenador executivo do mesmo programa.

Direito Penal, e tampouco pode ser vista como se isso fosse a solução dos problemas sociais.

Palavras–chave: Sistema do Direito. Delitos de Trânsito. Inefetividade. Punição.

Abstract: The main goal of the present paper is to analyze the effectiveness of typification of transit crimes in Brazil. This focus shows its importance as long as it is noticed that the social clamor for more punishment increases every day, within Criminal Law, to questions that are not really problems to be managed by Law, but by other Social Subsystems. Typifications of transit crimes incorporated by the brazilian Criminal Code are proof of that. Starting from the systemic premise, in which every System has its own differentiation and function, it is needed to verify how the System of Politics, responsible for the creation of laws, deal with information towards it managed, even by mass media, and how this will be reflected in System of Law, responsible for operationalizing these laws, and keep social expectation. After these considerations, it will be possible to analyze that, before influxes accepted by the System of Politics, the promulgated laws often lack of systemic legitimacy and effectiveness, interfering in citizen's fundamental rights. Finally, it will be possible to notice that, as laws are created without any sociological research, they become ineffective in a complex society, as long as the punishment is not a synonym of effectiveness of Criminal Law, and even a solution for social problems.

Key-words: System of Law. Transit Crimes. Ineffectiveness. Punishment.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objetivo deste trabalho é observar quais as comunicações que são recepcionadas pelo Sistema da Política quando da elaboração de uma lei penal, e, a partir disto, verificar qual a legitimidade sistêmica de uma legislação que sofreu grande interferência dos Meios de Comunicação. Assim, desde já é preciso deixar claro que o referencial teórico que sustentará o desenvolvimento desta pesquisa é a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, aliada aos trabalhos de diversos penalistas

que também observam os problemas do Direito Penal de uma perspectiva luhmanniana, entre eles, Carlos Jara-Gómez Díez e Juan Ignacio Piña Rochefort.

A partir do momento em que as leis criadas no Brasil têm assumido uma tendência expansionista, ou seja, tipificando um maior número de condutas e aumentando penas de delitos já previstos, é preciso analisar quais são as comunicações que têm fomentado este tipo de decisão do Sistema da Política. Mais do que isso, quando percebe-se que o Sistema do Direito também vem sendo sugado por estas expectativas sociais por mais punição, é preciso questionar quais os instrumentos de que se dispõe para enfrentar esta situação, já que ela é colocada por outro sistema, com códigos e funções totalmente distintas.

Para trilhar o objetivo aqui proposto e poder tecer algumas considerações sobre os problemas elencados, o artigo encontra-se dividido em duas partes. Na primeira delas, são apresentadas algumas noções básicas de Teoria dos Sistemas, a fim de que se possa facilitar a comunicação do que se pretende dizer com este texto, mostrando que a situação da expansão do Direito Penal é ainda mais complexa do que a dogmática tem tratado. Nesta linha, serão observados os códigos e funções de Sistemas como a Política, o Direito e os Meios de Comunicação, e quais as possibilidades de uma comunicação bem sucedida entre Subsistemas com linguagens tão distintas. Afinal, há como conciliar os interesses da Política com os interesses do Direito?

Já no segundo ponto, a proposta foi analisar como esta comunicação entre os Sistemas tem realmente se apresentado na prática, e se é possível falar em efetividade. Para isso, analisou-se pontualmente os delitos de trânsito (embriaguez ao volante) no direito brasileiro, comparando o mesmo com as legislações anteriormente postas e a lei em vigor, tecendo comparações sobre os tipos penais que foram alterados ao longo dos últimos anos. A pretensão foi a de mostrar que nem tudo que é comunicado na sociedade passa pelo filtro da Política, e nem tudo que a mídia informa efetivamente representa os interesses de uma sociedade, embora ela tenha um grande poder de dominação, tanto sobre o Direito e a Política, como em relação à realidade. Por fim, é o Sistema do Direito que tem que gerenciar todas estas expectativas, e inclusive manter as expectativas do próprio sistema. É assim que o presente artigo se desenvolve.

1. TEORIA DOS SISTEMAS E DIREITO PENAL: A ILEGITIMIDADE DA BUSCA POR MAIS PUNIÇÃO

Há diversas formas de abordagem do Direito Penal na atualidade e diversos enfoques que se modificam de acordo com esta escolha de observação: o fim do Direito Penal que poderá ser a proteção de bens jurídicos ou a garantia da norma; a culpabilidade; o dolo e a função da punição. Contudo, uma discussão que antecede estes pontos (e por fim acaba entrelaçando-se com eles) é a criação da lei que irá tipificar as condutas e moldar algumas expectativas dos indivíduos. Assim, em uma sociedade de alta complexidade, prefere-se estabelecer os pontos desta discussão com base na Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos de Niklas Luhmann, que se torna interessante em tempos de discussões sobre as diversas expectativas de punição – que podem vir a ser recepcionadas ou não – porque permite observar como as comunicações advindas de diversos Sistemas têm interagido e irritado-se neste caso específico.

Mais do que isso, neste momento de reelaboração do Código Penal, a Teoria dos Sistemas demonstra-se a forma de observação mais elaborada, porque trabalha com a percepção de diversos aspectos sociais, possibilitando a discussão dos mesmos. Considerando-se que o Direito Penal tem base totalmente sociológica, mais propriamente, em sua parte geral, e considerando que é este o ponto a ser discutido, pode-se dizer que se tem um referencial que permite este debate necessário, mais do que em outras bases dogmáticas.

Mas talvez seja necessário falar um pouco mais sobre a relação do Direito Penal e da Sociologia, para que depois, seja possível falar em efetividade e direitos fundamentais. Diz-se que a base do Direito Penal é sociológica justamente porque o que se encontra nesta codificação é a descrição, através de conceitos, de fenômenos sociais. E este ponto não pode ser negado: as tipificações penais são a descrição e limitação de comportamentos relevantes (este último, agora, questionável) socialmente, assim como a estipulação do que é um crime ou o que torna uma conduta escusável. Isso é sem dúvida uma base sociológica que leva a indagar sobre como devem ser os processos de tipificação de condutas. Assim, a

partir deste panorama e do tema proposto, parece relevante a apropriação do questionamento de feito por Frank Bleckmann: "¿cuándo há de describirse socialmente un comportamiento como quebrantamiento de una norma juridica?"[222] Em outras palavras, o que é necessário ou relevante para que determinada conduta seja tipificada – e então analisada a partir do Direito Penal – e considerada um delito na atualidade?

Neste ponto, parece que uma das irritações mais interessantes que podem ser percebidas é a realizada pelo Sistema dos Meios de Comunicação no Sistema da Política, e em seu acoplamento com o Sistema do Direito. No momento da elaboração de uma lei, em uma sociedade de alta complexidade o que se tem é um processo de redução de possibilidades. Uma lei é a representação disto: a redução forçada de complexidade[223]. Mais do que isso, este é o momento em que será realizada a comunicação de diversas expectativas cognitivas, advindas de diversos Sistemas, os quais possuem linguagem própria, gerando um paradoxo: o momento em que se elabora uma lei é um dos momentos de maior comunicação voltada ao Sistema da Política e acoplada ao Sistema do Direito. Sendo assim, é o instante em que surge o maior número de possibilidades sobre determinada ação, mas a lei deverá representar uma redução drástica destas possibilidades fáticas. Isto é, muitas possibilidades para definir a redução de possibilidades.

Aqui, parece necessário destacar um ponto extremamente relevante nesta discussão, e que parece passar despercebido de algumas pessoas, mesmo nesta perspectiva teórica: não é o Sistema do Direito o responsável pela elaboração das leis, e isso é um dos elementos que dá legitimação para que ele possa

---

222 BLECKMANN, Frank. Derecho Penal y Teoría de Sistemas. IN: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA Editores, 2007. p. 440.

223 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "Más allá de la oposición Constructivismo vs. Ontologismo: Recensión a la monografia de Juan Ignacio Piña Rochefort, Rol social y sistema de imputacion. Una aproximación sociológica a la función del Derecho Penal. Barcelona: J.M. Bosch, 2005. 542 págs." Disponível em: Política Criminal, n. 5, 2008, R2, pp-1-7. Htt://www.politicacriminal.cl/n_05/r_2_5.pdf. Acesso em 12 de set. 2014.

operacionalizar, em uma ocasião posterior, estas leis elaboradas pelo Sistema Político. É o Sistema da Política que tem a função da elaboração das leis. De fato, em um dado lapso temporal, haverá uma interpenetração entre Sistema do Direito e Sistema Político - interpenetração esta legítima. Contudo, não é o Direito que cria as leis com as quais fundamenta seus julgamentos. Por isso, todas as irresignações neste sentido têm que ser comunicadas à Política, preferencialmente, antes da aprovação destas legislações, e não ao Direito (ou não somente ao Direito).

> Es necesario aquí, hacer una prevención. Naturalmente en la legitimación democrática puede apreciarse una interpenetración del sistema político en el sistema jurídico. Sin embargo es imprescindible tener presente que, desde una perspectiva sistémica, la ley no forma parte del sistema jurídico. Éste sólo está integrado por 'comunicaciones con contenido jurídico', de modo que sólo una vez que el sistema jurídico penal tematiza una ley (como estructura) y opera conforme a ella, se produce la incorporación comunicativa de la prescripción o prohibición como programa condicional. Soló en 'ese' momento la ley se hace relavante para el Derecho.[224]

Ainda que seja a Política a responsável pela elaboração da legislação e ela seja um Sistema Autopoiético (ou seja, operacionalmente fechado e cognitivamente aberto), o fato é que evidentemente as leis não são elaboradas com base apenas em suas informações internas. Além das comunicações legítimas com o Direito, ocorrem outras interpenetrações – como com a mídia – não tão legítimas assim, que muitas vezes acabam por comprometer o conteúdo desta normatização, deslegitimando este processo, pois não fazem parte de uma comunicação oriunda de fontes democráticas, e sim de fontes de poder[225], voltadas para os seus próprios interesses.

---

224 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho Penal: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? IN: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA Editores, 2007. p. 331.

225 E neste sentido, podem ser visto os diversos escritos de Bourdieu, entre eles BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Trad. MACHADO, Maria Lúcia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor ou ainda, o livro de MIRANDA, Luciano. *Pierre Bourdieu e o campo da comunicação: por uma teoria da comunicação praxiológica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

Com efeito, em que pese esta separação entre Sistema do Direito (autopoiético) e Sistema da Política (autopoiético), há laços estreitos e evidentes entre Direito e Política; mas, mesmo assim, são distintos, justamente em razão da autopoiese. Embora, por muitos séculos, tenham sido um só (e por algum tempo dentro deste período há de se considerar ainda um casamento com o Sistema Religioso, importantíssimo em termos de “tipificação” de crimes), e hoje, em alguns momentos, possam parecer confundir-se, como por exemplo no caso do *Julgamento do Mensalão*, em que alguns votos e colocações parecem muito mais revestir-se de argumentos de Política do que de Direito, eles são distintos. Assim, em que pesem estes momentos conturbados, a partir do instante em que as comunicações sociais levaram à evolução da sociedade e emergiu a diferenciação funcional, houve a separação entre Direito (Direito/Não-Direito) e Política (Governo/Oposição).

> La promulgación de una ley en el parlamento puede ser registrada como éxito político. En ese acto terminan largos esfuerzos por lograr un consenso sólido, y esa nueva ley cambia, simultáneamente, la situación de vigencia del derecho: sirve de instrucción para los tribunales y más allá sirve para todo aquel que quiera saber, en el ámbito de sentido correspondiente, qué es lo conforme a derecho (y lo que no)”[226].

Na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, ou seja, formado pelo acoplamento estrutural entre Política e Direito (que tem uma relação parasitária), haverá sempre uma ligação entre legislação e jurisdição[227]. O problema é que a Política, diante de sua função e da forma como se dá a sua abertura cognitiva, acaba muitas vezes cedendo a caprichos passageiros (advindos, por exemplo, dos meios de comunicação de massa) e criando legislações inócuas, sem perspectiva social e muitas vezes expansionistas. Então, caberá ao Direito frear isso. É um jogo de pesos e contrapesos contínuo, pois as influências recepcionas pela Política serão permanentemente questionáveis (a seleção obedece critérios operacionais do Subsistema, e não éticos, morais ou jurídicos) do ponto de vista do Direito e de

226 LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Op. cit. p. 501.

227 *Ibidem*. p. 482.

outros sistemas, mas em alguns casos sua desproporção e indução será mais evidente do que em outros.

O problema que irá refletir no Direito é que a Política tem legitimação, dada pelo próprio Direito - o procedimento já foi pré-estabelecido, e o conteúdo não pode ser definido pelo Direito - para a elaboração destas leis, mesmo que "viciadas". Então, como conciliar este lapso temporal (legitimação antes de aprovação) em que o Direito terá que decidir com base nestas leis, muitas vezes apenas com legitimação procedimental, mas sem legitimidade (democrática)?

> la activación de la política para modificar el derecho se reproduce continuamente en la comunicación social, y dado que el derecho legitima esa activación legalizando la actividad legislativa parlamentaria, en la práctica resulta, para el derecho, la necesidad de distinguir entre el origen de las modificaciones jurídicas a través de la interpretación "activa" del derecho, y la espera de una nueva formación de opinión política[228].

O mais curioso é que, nesta sociedade complexa, a legitimidade de uma lei estará justamente no fato de que ela é criada por um Sistema diverso do qual a aplica. Entretanto, existe a expectativa de que, sendo ela criada pelo Sistema da Política, espelhe o que aquela sociedade merece que seja espelhado. Assim, quando discute-se sobre a qualidade de determinada lei, pode-se dizer que:

> na dogmática jurídico-penal, tal análise não corresponde, entretanto, ao "intérprete" do Direito Penal. (...). Não se trata do Direito Penal de uma Sociedade desejável, mas do Direito Penal daquela sociedade que o sistema jurídico gerou por diferenciação. A decisão sobre o alcance dos processos de criminalização seria uma tarefa puramente política, não jurídico-penal, na qual à ciência do Direito Penal só corresponderia determinar quais são os efeitos da regulação legal e, sua correspondência ou não com as valorações estabelecidas[229].

Como a comunicação é o elemento mais importante da sociedade, pois ela é o ponto comum entre todos os Sistemas, sendo a comunicação "la única operación

---

228 *Ibidem*. p. 482.

229 PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZALÉS, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 22.

genuinamente social"[230]. Por isso que o momento de elaboração de uma lei é uma etapa difícil, pois várias comunicações se fazem presentes. Mas, considerando que todos comunicassem algo (indivíduos ou Sistemas) quando desta criação legislativa, como seria esta seleção? Pode-se dizer que esta seleção vai se dar de acordo com o código do Sistema que a receber e isso vai acontecer de acordo com a função – exclusiva e específica – daquele Sistema. Para a Política, por exemplo, o que vai importar de todas as comunicações advindas da sociedade é a possibilidade de eleição, de votos, necessidade de se desacreditar o adversário (mesmo que seja construindo uma realidade com base nos meios de comunicação)[231]. Um exemplo vivo disso pode ver observado na última eleição presidencial, em que no segundo turno, o foco dos debates e promoções era dizer o que o outro candidato deixaria de fazer ou, tentar derrubar a credibilidade do que ele prometeu.

Com efeito, a Política na sociedade atual recebe muitos influxos informacionais e anseios de todos os Sistemas, mas tem capacidades limitadas de ação. Mesmo assim, acaba sendo a destinatária de todas as injustiças experimentadas ou percebidas pelos indivíduos "sea porque los perros ladren por la noche o los multimillionarios quieran poner a recaudo sus millones"[232]; acaba-se sempre recorrendo à Política: "queremos uma lei para parar as mortes no trânsito" é o pedido do senso comum. Isto é, toda e qualquer frustração ou dissabor enfrentado na cotidianidade é reportado ao Sistema Político (as pessoas não estão acostumadas a conviver com aborrecimentos ou aceitá-los, embora gostem de ver notícias sobre eles), que é limitado pela própria ideia de Estado Democrático de Direito (que então tem que respeitar liberdades previstas na Constituição Federal antes de prescrever punições). Assim, quando estas pretensões esbarram nas

---

230 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Teoría de Sistemas y Derecho Penal: culpabilidad y pena em una teoría constructivista del Derecho Penal. IN: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA Editores, 2007. p. 474.

231 LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005. p. 37-42.

232 LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de Bienestar.* Madrid: Alianza Universidad, 2007. p. 148.

limitações que o Sistema Político sofre, elas buscam socorro no Poder Judiciário (organização central do Sistema do Direito), geralmente através de Juizados Especiais (e mais certo ainda, tendo como porta de entrada as Delegacias de Polícia). Entretanto, ocorre que as limitações constantes no sistema do Direito são semelhantes às limitações da Política e então estas frustrações acabam sendo reportadas aos meios de comunicação, que “compram” facilmente a ideia, pois nela há a certeza de que haverá retorno midiático[233].

Aqui é que vai se evidenciar um problema. As comunicações mais dirigidas e recepcionadas pela Política são aquelas advindas dos meios de comunicação, pois eles detém o poder de disseminar informação, de formar opinião, inclusive sobre as organizações políticas. Este é o fator primordial que fará toda a diferença, seja para o Sistema do Direito (Direito/Não-Direito), seja para a Política (Governo/Oposição).

O Sistema funcional dos Meios de Comunicação de Massa, por outro lado, não funciona sobre o código Direito/Não-Direito (ou sobre o código da licitude, de maneira mais prática), muito menos sobre o código Governo/Oposição. Também não há nenhuma obrigatoriedade com um código de Ético/Não-Ético ou Verdadeiro/Falso, embora se possa pensar isso. Os meios de comunicação giram em torno do código Informação/Não-Informação ou, para fazer mais sentido, Informativo/Não-Informativo.

É esse código que fará com que o Sistema não se entregue a todo e qualquer acontecimento (ou parafraseando Jara-Díez, que faça com que o cérebro se sobrecarregue e pare de funcionar). Nem tudo poderá ser informado, e o determinante para se dizer o que vai ser uma informação é “qualquer diferença que num acontecimento posterior faz a diferença”[234]. Por conseguinte, este Sistema em que estão compreendidos os meios de comunicação de massa ou simbolicamente generalizados, tem grande capacidade de construir contextos de sentido que vão

---

233 Este ponto já foi explorado no texto: WEBBER, Suelen. *O mito do punir mais é melhor: reflexos da expansão do Direito Penal fomentada pela mídia.* Disponível em: http: www.ibccrim.org.b/novo/artigos/2012/01, publicado em 02/01/2012.

234 LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação. Op. cit.* p. 41

vinculando as notícias umas às outras, criando a sensação, a título exemplificativo, de que no trânsito existe um estado de guerra abastecido pelo consumo de bebidas alcoólicas que justifica (e exige) medidas drásticas do governo e sentenças judiciais rigorosas advindas do Direito: “os juízes precisam acabar com a violência no trânsito!”.

A mídia faz sua seleção entre as diversas informações existentes utilizando vários critérios, entre eles o que permanecerá mais facilmente na memória das pessoas. É através das memórias que ficará mais fácil construir a atribuição de sentido entre as manchetes, levando a um interesse maior do telespectador e criando uma duração temporal duradoura, fundamental para estabilizar seus objetivos. Por isso:

> El puro hecho de que los medios de masas estén diferenciados produce un excedente de posibilidades de comunicación. Esto lleva de por sí a una selección muy aguda de lo que puede ser-dado-a-conocer y, por consiguiente, a una selección de aquello que periodísticamente (o televisivamente) se divulga 'bien”[235].

Por outro lado, é esta capacidade de seleção aguçada focada em suas funções que faz com que tenha um poder de dominação incrivelmente grande sobre o que se quer comunicar na sociedade. Para comunicar algo, é preciso entrar no jogo. Isto é, é preciso moldar o que se quer comunicar às portas de entrada do Sistema, e isso muitas vezes faz com que até mesmo comunicações que pretendiam contraditar informações já postas tenham que se adequar de tal forma que acabam se modificando (às vezes, por completo). Dito de outro forma: “se percibe del todo la 'hegemonía cultural' de los medios de masa – a la cual *deben ajustarse hasta los movimientos de protesta* si no quieren de antemano renunciar a tener éxitos”[236], ou seja, sequer conseguir comunicar coisa alguma. E não se pode esquecer que este Sistema detém os mecanismos que permitem uma grande propagação de comunicação.

---

235 LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Nafarrate. México: Herder, 2001. p. 869.

236 *Ibidem*. p. 869-70.

Nesta dimensão de duração temporal, formação de memória e seleção aguda, um dos elementos que mais vai despertar interesse são os números expressivos que envolvem o fato, bem como o medo que ele gera no imaginário social. Este é um dos motivos que desperta tanto o interesse da mídia pelo trânsito, nosso objeto principal de análise neste trabalho.

Nessa ordem de ideias, em que o envolvimento se dá através de desastres e medo, cria-se uma esquizofrenia, em que se tem o desejo de participar destas situações (acompanhando quase que de forma imediata, através de narrativas como as do caso Isabela Nardoni), mas, ao mesmo tempo, não se quer participar diretamente delas; a participação quase que impositiva pelo senso comum é apenas enquanto telespectador, que ao mesmo tempo vivencia todos os sentimentos do que assiste. Assim, alimenta-se e movimenta-se esta forma de comunicação dos meios simbolicamente generalizados. Passa-se a ser um participante não participante.

É exatamente isso que ocorre nos casos de trânsito. Sua facilidade de inclusão nas pautas jornalisticas se deve ao fato de haverem diversos movimentos de protesto vinculados ao tema que tem fácil acesso aos meios de massa, inclusive em razão das tragédias contidas na informação. Logo, estão congregados muitos critérios que fortalecem a seleção destas informações e não de outras, como: a quantidade de acidentes de trânsito (mesmo que não causados pela ingestão de álcool[237]), conflitos ideológicos, política relacionada a como enfrentar o problema da violência no trânsito e um excesso de contingências. Ainda, há o fator global, pois este tipo de situação pode ocorrer em qualquer lugar do mundo, seja com você ou com um parente (mas preferencialmente com um desconhecido). O trânsito tornando-se uma ameaça de alta periculosidade.

Assim, quando posteriormente ocorre, seguindo o nosso exemplo, a criação de uma lei de trânsito, exatamente nos moldes deste “medo social” pregado pela mídia, o Sistema em questão atinge seu objetivo de informação, nos exatos termos do conceito apresentado, porque esta lei representa uma diferença de

---

237 Importante referir: não é que o fato base não seja verdadeiro (sim, existem acidentes de trânsito causados pela ingestão de bebidas alcoólicas), mas o que ocorre é que esta verdade acaba sendo manipulada.

acontecimento posterior à vinculação de um sentido vinculado anteriormente. Aqui então surgirá uma questão que parece ser decisiva: como enfrentar os resultados desta comunicação, quando de fato isso acontece, até porque, sendo assim, "se excluye la posibilidad de que antemano se consulten las opiniones existentes en el público"[238].

O problema é que os delitos deveriam ser a expressão de frustrações de expectativas que não puderam e não podem mais ser reestabilizadas por outros Sistemas ou setores que não o Direito Penal, e quando são tipificados por interesses outros que não estes, eles acabam perdendo esta particularidade, e o próprio Direito perde suas características. Então, se a sociedade é um complexo sistema de comunicações, sendo que as comunicações são a base da interação social e por consequência serão a base da definição das ações, pode-se dizer que, quando fala-se em Direito, fala-se de um conceito que se refere, "aquellas estructuras de expectativas que se han institucionalizado (en procedimientos fomalizados – *legislação pode incluir-se*) con vigencia para el conjunto de la sociedad. (...). Dicho en una nueva expresión, el Derecho define la configuración de la sociedad"[239].

Destarte, o Direito Penal, como um Sistema parcial do Direito (que já é um Subsistema ou Sistema parcial da sociedade), faz referência, dentro desta noção de Direito como generalização de expetativas congruentes[240], acompanhando o entendimento de Bernd Müssing, "al acontecer social, y ello, de doble forma. Por un lado, en sí mismo constituye un suceso social, y por otro, se refiere al acontecer social, su objeto es la acción social"[241]. Neste caso, vê-se realmente um acontecer social do Direito Penal através da elaboração política de leis, que transforma toda e

---

238 LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la sociedad.* Op. cit. p. 872.

239 MÜSSIG, Bernd. Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva em Derecho Penal. Puntos de partida para una sistematización. IN: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA Editores, 2007. p. 255.

240 LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad.* Op. cit. *p.* 52.

241 MÜSSIG, Bernd. Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva em Derecho Penal. Puntos de partida para una sistematización. Op. cit. p. 251.

qualquer conduta que está em desacordo com algumas concepções em crime, e, para isso, utiliza-se de formas duvidosas juridicamente, embora legitimadas por seu procedimento.

Havendo um excesso de expectativas variadas e um inegável poder de comunicação muito mais elevado e avantajado dos Meios de Comunicação do que de qualquer organização que possa fomentar comunicação social, como será internalizada esta discussão pelo poder legislativo? Ou, quais serão as expectativas que integraram o acoplamento privilegiado entre Direito e Política?

> (...) es qué expectativas son las que protege el sistema jurídico penal. (...). El eje de la discusión acerca de la legitimidad no gira sólo en torno a las 'clases' de expectativas garantizadas, sino que, muy especialmente, a 'quiénes' son los destinatarios de esas expectativas. Este problema generalmente se elude – o se da erradamente por supuesto - , pues lo primero que parece suponerse es que dichos destinatarios son los *partícipes de la vida en sociedad*, es decir, las personas. Sin embargo, hay razones para suponer que el problema es largamente más complejo[242].

Importante. O problema é muito mais complexo porque o direito não deve estabilizar apenas expectativas das comunicações sociais, dos indivíduos ou de outros sistemas, mas "*el sistema del Derecho incluso debe estabilizar expectativas que se le dirigen a él mismo*"[243], para que possa viabilizar a sua própria operação. E quais seriam estas expectativas? Em uma lógica de estabilização social e interna, de que a punição seja algo excepcional, pois há estabilização também quando não se aplica uma punição – algumas vezes até mais do que com a própria punição. De tal maneira que ele precisa necessariamente fazer um equilíbrio entre as necessidades de prevenção e as necessidades de garantia, as expectativas de punição e as expectativas de liberdade. É sempre um jogo que, em muitas situações, vai depender de estudos sociológicos, de pesquisas, como é o caso da tipificação dos delitos de trânsito, que será visto a seguir.

---

242 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho Penal: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? Op. Cit. 323.

243 *Ibidem*. p. 325.

Cumpre salientar ainda que a culpabilidade não pode ser entendida como um conceito de efeitos sociais para atender a anseios sociais, e muito menos pode-se aceitar que o Direito Penal atenda apenas a um tipo de anseio social (por exemplo, mais punição), porque ele não estaria cumprindo a sua diferenciação e funcionalidade, e muito menos será efetivo. Efetividade não pode ser confundida com punição. “Un sistema jurídico incapaz de otorgar las certezas mínimas para la vida en sociedad es un sistema inútil y un sistema que aplica sanciones sin ninguna utilidad social es un sistema ilegítimo”[244]. Logo, há uma ilegitimidade das leis de trânsito no Brasil no tocante ao(s) delito(s) de embriaguez ao volante, porque ela é inútil para o objetivo que se visa, qual seja, reduzir o problema da violência no trânsito. Para isso, será preciso um outro aparato, advindo de outro Sistema.

Mas, vale a pena voltar a isso: quais são estas expectativas sociais que se tenta estabilizar?[245]. E frente à mídia, que se diferencia conforme exposto acima, como fazer esta seleção de informações? É isso que será analisado no próximo tópico, com enfoque no delito de condução de veículo sob influência de álcool.

2- O PAPEL DA MÍDIA E DA POLÍTICA NAS TIPIFICAÇÕES PENAIS

Antes da Constituição Federal de 1988, o Brasil passou por diversos momentos críticos que envolviam a censura, tanto de atos entre pessoas como de atos dos meios de comunicação. Basicamente, nos períodos mais críticos – como o do Ato Institucional número 05 – a Política e o Direito ditavam o que os meios de comunicação poderiam ou não informar, limitando drasticamente sua atuação. Pois bem, pode-se dizer com certeza que os tempos mudaram. Hoje há uma inversão destes papéis, e a mídia, através de seu poder, é que passa a ditar quais são os

---

244 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho Penal: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? Op. cit. p. 360.

245 *Ibidem*. p. 322.

fatos que o Direito – mormente o penal – deve dar atenção, deve limitar e disciplinar na sociedade.

Nesta esteira, começaram a surgir os movimentos de expansão do Direito Penal, uma vez que o Sistema Político passou a recepcionar estas comunicações e criar leis que atendessem aos anseios midiáticos, por mais efetividade do Direito Penal.

Ocorre, porém, que o sistema penal brasileiro não tem condições estruturais de se adaptar às necessidades de política-criminal, pois não conta com um suporte sociológico para isto, com pesquisas e estudos sobre os possíveis efeitos das legislações. Pelo contrário, as leis vêm sendo feitas no âmago de contentar a mídia para uma boa imagem, que é pautada apenas em uma anedota preventiva, que passa a tolerar, inclusive, a flexibilização de direitos fundamentais[246].

O fato é que, independentemente da expansão do Direito Penal que vem ocorrendo (e que se tem defendido que é descabida e, em termos sistêmicos, deslegitimada), o certo é que o Direito sozinho não tem condições de solucionar todos os problemas sociais.

> El Derecho se apoya para la realización de su función en las prestaciones de otros sistemas de comunicación, del mismo modo que ésto se han adapatado a las prestaciones del Derecho. Sin un sistema político (monopolio de la violencia, servicio en función, etc.), económico (aseguramiento básico, sólo diferencias de ingresos limitados) o de educación (alfabetización) potentes, un Derecho *diferenciado* difícilmente podrá tener êxito[247].

No Brasil, um excelente exemplo disso é o possível capítulo IV do novo Código Penal, sobre crimes no trânsito que está em tramitação no Senado. Compondo o tão esperado Anteprojeto do Código Penal, que desde 1940 vinha recebendo apenas retalhos de modificações, tem-se duas, isso mesmo, duas tipificações para este tipo de conduta social.

---

246 Como ocorre no Direito Penal de Velocidades cunhado por Silva Sánches. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 148.

247 BLECKMANN, Frank. Derecho Penal y Teoría de Sistemas. Op. cit. p. 424.

Condução de veículo sob influência de álcool

Art. 202. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a segurança viária:

Penas – prisão, de um a três anos, sem prejuízo da responsabilização por qualquer outro crime cometido.

§ 1º A infração poderá ser demonstrada mediante qualquer meio de prova em direito admitida.

§ 2º O condutor tem o direito de solicitar a imediata realização do teste de bafômetro ou de exame de sangue em hospital da rede pública.

Condução de veículo com manifesta incapacidade

Art. 203. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, sendo manifesta a incapacidade para fazê-lo com segurança:

Penas – prisão, de um a três anos, sem prejuízo da responsabilização por qualquer outro crime cometido.

Nessa ordem de ideias, pode-se ver que os artigos acima elencados são uma tentativa desesperada de a Política, além de impor uma determinada conduta social, criar um tipo penal para o qual os julgadores não terão mais empecilhos técnicos para aplicação da pena. Isso faz com que o sistema fique “hiperjuridificado”, criando leis que carecem de legitimação. É neste sentido que Luhmann trabalhou o que agora se denomina de expansão do Direito Penal. Para o sociólogo alemão, quando ocorria uma intervenção demasiada de outros Sistemas, como o do Meios de Comunicação, as leis criadas careciam de legitimação advinda dos cidadãos, o que era prejudicial às comunicações sociais, gerando um mar de leis.

Frente a éstos, todos los demás medios de intervención, tales como la actuación directa sobre los convencimientos o motivaciones de los ciudadanos, pasan a un segundo plano. Ambos medios, (...) muestran claros síntomas de una utilización excesiva. Al no existir ninguna alternativa para ellos, son utilizados en una proporción demasiado grande, y se les aplica a tareas para las que están poco indicados, sobre todo en él ámbito de la educación y de la política social. La sobrecarga conduce a imágenes deformadas. Estas se discuten bajo términos como, <<marea de leyes>>, hiperjuridificación, (...)[248].

248 LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de Bienestar.* Op. cit. p. 154.

Vale a pena voltar a isso. Uma lei com muita influência de determinado setor carece de legitimidade democrática e isso passa a ser um problema no Estado Democrático de Direito, pois fere diretamente sua condição mais básica, a democracia. Com isso, os direitos e garantias fundamentais são violados. É o reconhecimento social ou não de determinada conduta que vai procurar estabelecer os limites desta conduta, através de um enunciado legal e uma norma[249] que pode mudar com o tempo.

Essa possibilidade de mudança tem levado, ao invés de um processo de aperfeiçoamento, que seria inerente a uma evolução social, ao regresso, que se consubstancia com a expansão do Direito Penal.

> Sin embargo, tendencias a perfeccionar esta estructura pueden apreciarse, si bien se encuentran inmersas en un proceso tremendamente confuso. Si por una parte aparece el recurso a sustitutivos penales (de la privación de las penas, y a la concesión de beneficios penitenciarios, por la otra es difícil sostener que todo ello sea capaz de 'doblarle la mano' al innegable y desproporcionado proceso de expansión del Derecho Penal[250].

O que se viu não foi um aperfeiçoamento mas um retrocesso tanto em termos de comunicações sociais como em termos processuais. Social porque novamente recorremos ao Direito Penal para tentar solucionar o problema da violência no trânsito, que tem sido relacionada diretamente à embriaguez, muitas vezes de forma errônea e viciada[251], que na verdade é um problema de saúde pública ou de educação – seja como for, problemas de competência funcional de outros Sistemas

---

249 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del derecho pena*l. Barcelona: J.M.Bosch Editor, 2005. p. 178.

250 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho Penal: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? Op. cit. p. 343.

251 Estudos têm apontado que a embriaguez não é a maior causa de violência no transito ou apenas acidentes, mas sim outros fatores como a negligência, fatores físicos como o cansaço ou questões psíquicas como a ansiedade ou o estresse e até mesmo a falta de educação dos condutores e pedestres. Elucidando a questão, pode-se citar os fatos que desencadearam a ação número 048/312.0000966-7 na Comarca de Farroupilha/RS.

que não o do Direito. Processual porque, como se "falhou" na efetivação prática (na efetiva punição dos condutores) com a lei anterior, a qual ficou inaplicável por falta de estrutura do Estado (falta dos etilômetros, mais conhecidos como bafômetros) e também em razão do disposto na própria Constituição Federal (acoplamento estrutural privilegiado entre Direito e Política), tenta-se novamente (novamente porque a nova lei lembra muito a que vigorava no Código Penal, antes da lei esparsa) e, agora por meio da linguagem, punir mais, não importa como.

Uma punição mais severa já se mostrou pouco instrutiva ou educativa, basta ver como era a lei que tipificava o delito no o Código de Trânsito Brasileiro em 1997 e suas modificações.

> Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:
>
> Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Em seguida:

> Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008).
>
> Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
>
> Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008).

Atualmente:

> Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012).
>
> Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
>
> Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008).

> § 1o As condutas previstas no caput serão constatadas por:
>
> I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012).
>
> II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

Observe-se que, mais um sintoma desta necessidade de tornar mais grave o fato, foi que antes a conduta estava tipificada no Código de Trânsito. Agora, ela é trazida para o Código Penal, dando a ideia de que é ainda mais grave. Mas com a justificativa de que se pretendeu compilar todas as leis esparsas existentes e que tivessem relevância penal, a fim de evitar injustiças na disposição das penas[252].

Se de fato a pretensão era esta, parece que nos delitos de embriaguez no trânsito houve alguma falha de observação. Não se pode negar que uma pessoa que cause a morte ou lesões corporais em outra no trânsito por estar sob efeito de substâncias entorpecentes deve ser responsabilizada penalmente. Contudo, em uma sociedade evoluída como a nossa, isso não pode ser feito de qualquer forma, e nem mesmo ser considerado efetivo pela simples aplicação de uma pena.

Pois bem, a pena reflete na sociedade, ela comunica para a sociedade, ela dá o significado comunicativo daquele comportamento. A pena é a atribuição de sentido de determinada conduta. E esta atribuição de sentido será a comunicação emanada daquele ato, mas, se o problema não é do Direito Penal (em um primeiro momento), e sim da Saúde ou/e da Educação, a atribuição de sentido dada pelo Direito Penal fica prejudicada e, obviamente, como se tem visto, não resolve o "problema real". A violência no trânsito continua, e não há notícias de que tenha diminuído com o

---

252 a) da necessidade de adequação às normas da Constituição de 1988 e aos tratados e convenções internacionais; b) da intervenção penal adequada e conforme entre a conduta e a resposta de natureza penal por parte do Estado; c) da seleção dos bens jurídicos imprescindíveis à paz social, em harmonia com a Constituição; d) da criminalização de fatos concretamente ofensivos aos bens jurídicos tutelados; e) da criminalização da conduta apenas quando os outros ramos do direito não puderem fornecer resposta suficiente; f) da relevância social dos tipos penais; g) da necessidade e da proporcionalidade da pena. Anteprojeto de Código Penal – Requerimento n. 756, de 2011. p. 5. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-jun-27/leia-anteprojeto-codigo-penal-entregue-senado-juristas. Acesso em 12 set. 2014. p. 6.

aumento das penas (e maior limitação das condutas). Como já disse Bernd Müssig, "la pena, en cuanto reacción formalizada al comportamiento desviado, se demuestra que se sigue manteniendo la norma como expresión de la concreta configuración de la sociedad."[253]

Incorre em grave erro quem acredita que o Direito Penal, para manter-se forte e vigente na contemporaneidade, precisa punir cada vez mais, com penas mais rigorosas, fatos que têm se perpetuado na sociedade (como a embriaguez no trânsito). O papel, ou, para ficar em uma terminologia sistêmica, a diferenciação funcional da qual é dotado o Direito Penal, não está vinculada à punição, mas à manutenção das expectativas, que podem perfeitamente ser estabilizadas quando não há imposição de uma pena para determinada conduta.

> Én otros términos, *es un error identificar la función del* Derecho Penal *con la función de la pena*. La función del sistema jurídico-penal, de estabilización de expectativas, no sólo se verifica cuando se impone una pena (o medida de seguridad) sino también cuando no se aplica ninguna de ellas, por ejemplo, por haber operado algunas de sus estructuras de legitimidad. Es decir, tanto la pena (P), como la no-pena (~P), forman parte de la función del sistema jurídico penal. [254].

Na verdade, parece que neste momento é oportuno dizer: para nós, a função do Direito Penal, além de não ser exclusivamente a aplicação de uma pena e não se confundir com ela, também é de apenas garantir expectativas, e muito menos a proteção do bem jurídico. Garantir expectativas é apenas parte da função, e a proteção do bem jurídico é um valor, uma função de operacionalização do Sistema. Bem jurídico e expectativas compõem o sistema.

O que se defende aqui é justamente o contrário: não é um maior número de leis ou a criação de penas mais severas que irá solucionar os problemas sociais que levam as pessoas a recorrer à Política, ao Direito e à Mídia em busca de alguém que solucione o seu problema. Embora venda-se a ideia de que "punir mais é melhor",

---

253 MÜSSIG, Bernd. Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva em Derecho Penal. Puntos de partida para una sistematización. Op. cit. p. 257.

254 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho Penal: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? Op. cit. p. 330.

“punir mais é a única solução”, o Sistema do Direito não tem como internalizar este tipo de expectativa, pois sua estrutura não permite esta absorção. É que “el sistema jurídico-penal se ha estructurado sobre la base de que castigar sin consideración a la culpabilidad es más perturbador que hacerlo considerándola. Y esto no tiene más explicación que un proceso histórico contingente”[255]. Em um Estado Democrático, essa deveria ser a premissa básica que não necessitasse ser a todo o momento lembrada pela academia.

Também deveria ser básico lembrar que “un delito es la contradiccción de (o la defraudación) una norma jurídico penal”[256], que só pode existir e limitar condutas se de fato for uma violação inescusável ao ordenamento social. Como não é isso o que ocorre, surgem cada vez mais tipos penais, estando atualmente em foco a tipificação de condutas que possam vir a gerar algum risco, prevendo-se sanções inclusive para o exercício de atividades que antes eram consideradas de risco permitido.

Por isso, o problema aqui é definir em termos tanto de dogmática como de academia, quais são os limites do Direito Penal. Bleckmann[257] vai nos dizer que, no contexto atual, o que se percebe é que as propostas legislativas deixam de lado os reais problemas e passam a se preocupar com aquelas demandas da sociedade que tem um caráter mais psíquico do que efetivamente um problema social que pode ser resolvido pelo Direito. Este deixar de lado ocorre justamente porque eles continuam insistindo em forçar o Direito, através de leis, a lidar com situações demasiadamente complexas, para as quais não tem estrutura. Pode até ser conveniente para o governo este tipo de atitude (e é, pelo que se tem visto ao longo dos anos, pois a história sempre se repete), mas não há produção de sentido social nesta situação. O

---

255 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho Penal: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? Op. cit. p. 348.

256 BLECKMANN, Frank. Derecho Penal y Teoría de Sistemas. Op. cit. p. 443.

257 DONINI, Massimo. *El Derecho Penal frente a los desafios de la modernidad*. Lima: ARA Editores, 2010. p. 458.

problema permanece, e está-se longe da solução, pois a busca da mesma é feita no local errado.

Ou seja, o Direito tem condições de frear este tipo de acontecimento, mas é preciso que ocorram mudanças nas comunicações, até porque, uma vantagem disto é que as mudanças promovidas pela política são sempre flexíveis e dispostas a mudar.

Como o Direito Penal é histórico e contingente, pode ser que, muito provavelmente na linha que vem se seguindo (que também não é muito linear), o Direito Penal passe a não exigir mais a culpabilidade para a aplicação de penas[258], e o Direito Penal do Risco, na forma apontada, parece ser um exemplo – além do trânsito – de que a culpabilidade não será mais o limite para a imposição de punição no âmbito do Direito Penal. Estará criado aí um paradoxo. Dar-se-á conta de superá-lo?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo procurou-se demonstrar como o Direito Penal brasileiro segue sem rumo definido e sem perspectivas de melhoras: há um círculo vicioso que nos coloca em um eterno retorno normativo, em busca efetividade nas soluções para os problemas sociais, dentro do Direito. Há expectativa de que isso tenha sido comunicado de forma clara, mas, caso isso não tenha ocorrido, neste espaço final mais uma tentativa pontual será feita.

Mas como é possível que uma sociedade relativamente bem estruturada e evoluída como a brasileira esteja regredindo em suas leis penais, ao invés de acumular aprendizado com as modificações ocorridas ao longo de tantos anos do Código Penal e de leis esparsas? Muitos doutrinadores da dogmática dirão que só com o erro que se aprende (tentativa e erro que custam caro neste caso), e para

---

258 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho Penal: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? Op. cit. p. 346.

estes deve-se responder que isso só era tolerado e justificado em sociedades arcaicas. Em uma sociedade de alta complexidade, isso não consegue enfrentar o excesso de possibilidades, a contingência que se apresenta ao Direito Penal. Tampouco a solução de todos os conflitos sociais poderá partir do Sistema do Direito. É preciso lembrar que, embora uma das funções do Direito seja estabilizar expectativas sociais, primeiro ele precisa estabilizar suas próprias expectativas internas (já que é autopoiético), e isso só acontecerá quando ele estiver cumprindo a sua função (e não a de outros sistemas).

Evidentemente a sociedade, por motivos muitos mais midiáticos do que embasados em pesquisas sociológicas de credibilidade, criou a expectativa de que o trânsito é um campo de guerra e que o problema da "violência no trânsito" com inúmeras mortes "geradas pelo alcoolismo" precisa ser resolvido. De fato, este é um problema que deve ser solucionado, mas não através do Direito Penal. É patente que não se é a favor de dirigir alcoolizado. O que não se é a favor é da "solução", encontrada, qual seja, voltar a um tipo penal que já havia sido modificado, agregando a ele uma abertura probatória infindável. O problema no trânsito, e que o senso comum – que é a grande massa eleitora – não aceita, é que os acidentes de trânsito são fruto muito mais da negligência, da imprudência e da imperícia do que do álcool. De uma forma ou de outra, a origem do problema tem solução ou no Sistema da Educação ou no Sistema da Saúde, mas não no Direito. Tanto que vamos e voltamos nas leis, e o problema apenas continua aumentando.

Mesmo diante deste cenário, é preciso deixar claro que há pouco sentido em perguntar-se como são e se os fatos dos Meios de Comunicação estão distorcidos, ou até mesmo se eles estão distorcendo a realidade. Isso porque é exatamente assim que devem operar para atingir sua finalidade, sua função. Mais do que isso, se não são produzidas comunicações que irritem isso, esta informação representará a construção da realidade a partir da qual a sociedade vai passar a se orientar, e isso foi o que ocorreu aqui.

Da mesma forma, não basta questionar se os critérios que a Política tem adotado para elaborar suas leis são ou não jurídicos suficientemente ou se são democráticos. Os fatores capazes de irritar a Política vão além disso, mas voltam-se muito mais pela possibilidade de gerar retorno àquele Sistema. Como o Direito irá

administrar isso não é um problema que preocupa diretamente a Politica. Entretanto, diante da abertura cognitiva que este Sistema possui, e das relações intrínsecas com o Direito, que é sua fonte de legitimação (mas não de legitimidade), o Direito ganha um canal especial de comunicação, que é capaz de modificar estas pretensões de expectativas cognitivas que vêm sendo elaboradas. Por isso, a academia precisa comunicar suas irresignações neste momento, a fim de causar irritações que tenham condições de ressoar na Política e promover mudanças, fazer com que se crie algo diferente, pautado em perspectivas históricas e de pesquisa.

Parece importante repetir: o problema não é o Direito (e portanto não será um problema da decisão dos juízes ou dos pedidos de advogados e promotores de justiça), e sim a lei, que vem da Política. O paradoxo é que o problema surge quando o Direito passa a operacionalizar esta programação oriunda da Política; o problema não é o Direito, mas ao mesmo tempo é o Direito, pois é o espaço em que as situações fáticas vão começar a emergir (condenações ou absolvições que nem sempre solucionam o problema original). O que fazer então? Nesta perspectiva, o que se pode fazer é fomentar comunicações contrárias a este tipo de expansionismo sem nenhuma perspectiva sociológica – porque evidentemente alguns aumentos de pena ou criação de novos crimes serão necessários com a evolução da sociedade e suas complexidades – de tal forma que se consiga irritar o Sistema Político e mudar isso. Assim, poder-se-ia afastar a realidade criada pelos Meios de Comunicação, que nem sempre é real, mas giram sobre o prisma informação/não-informação, e passar a fazer leis com base em estudos sérios e o mais isento possível de dominações de poder.

Em uma palavra final: a culpabilidade e a tipificação de condutas não podem ser criadas para atender a qualquer tipo de anseio social. A diferenciação funcional do Sistema deve ser capaz de dar expectativas de certeza de que apenas aquilo que efetivamente bloqueie e afete a evolução social será tratado pelo Direito Penal. A aplicação de sanções sem utilidade torna o sistema fraco e ilegítimo. Isso é o que ocorre com as leis penais de punição de embriaguez no trânsito, na forma como estabelecidas. Logo, há uma ilegitimidade das leis de trânsito no Brasil, no tocante ao(s) delito(s) de embriaguez ao volante, porque ela é inútil para o objetivo que se

visa, qual seja, reduzir o problema da violência no trânsito. Portanto, ela é inefetiva, como muito do Direito Penal atual.

REFERÊNCIAS

ADAMS, John. *Risco*. Tradução de Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Senac, 2009.

Anteprojeto de Código Penal – Requerimento n. 756, de 2011. p. 5. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-jun-27/leia-anteprojeto-codigo-penal-entregue-senado-juristas. Acesso em 12 agos. 2014.

BLECKMANN, Frank. Derecho Penal y Teoría de Sistemas. IN: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA Editores, 2007. p. 440.

CALLEGARI, André Luís; WEBBER, Suelen. O mito do punir mais é melhor: reflexos da expansão do Direito Penal fomentada pela mídia. Disponível em: http: www.ibccrim.org.b/novo/artigos/2012/01, publicado em 02 set. 2014.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. In: CALLEGARI, André Luís (org.). *Política Criminal, Estado e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DONINI, Massimo. *El Derecho Penal frente a los desafios de la modernidad*. Lima: ARA Editores, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "*Más allá de la oposición Constructivismo vs. Ontologismo: Recensión a la monografia de Juan Ignacio Piña Rochefort, Rol social y sistema de imputacion. Una aproximación sociológica a la función del Derecho*

Penal. Barcelona: J.M. Bosch, 2005. 542 págs.” Disponível em: Política Criminal, n. 5, 2008, R2, pp-1-7. Htt://www.politicacriminal.cl/n_05/r_2_5.pdf. Acesso em 12 de set. 2014.

______________. Teoría de Sistemas y Derecho Penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho Penal. IN: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA Editores, 2007.

LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

______________. *El derecho de la sociedad.* México: Universidad Iberoamericana, 2002.

______________. *La Sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Nafarrate. México: Herder, 2001.

______________. *Teoría política en el Estado de Bienestar.* Madrid: Alianza Universidad, 2007.

MAÑALICH, Juan Pablo; KINDHÄUSER, Urs. Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho. Montevideo/Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2011.

MIRANDA, Luciano. *Pierre Bourdie e o campo da comunicação: por uma teoria da comunicação praxiológica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

MÜSSIG, Bernd. Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva em Derecho Penal. Puntos de partida para una sistematización. IN: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA Editores, 2007.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZALÉS, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del derecho pena*l. Barcelona: J.M.Bosch Editor, 2005

______________. Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho Penal: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? IN: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidad de aplicación.* Lima: ARA Editores, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

UMA ANÁLISE DO DEBATE SOBRE O REBAIXAMENTO DA IDADE DE IMPUTABILIDADE PENAL A PARTIR DA TEORIA CRÍTICA

SOARES, Paulo Sérgio Gomes[259]
CARNEIRO, Téssia Gomes260

Resumo: Esse artigo problematiza o debate sobre o rebaixamento da idade de imputabilidade penal amplamente divulgado nos meios de comunicação de massa. O objetivo é estabelecer uma crítica, com vistas a desmistificar os argumentos que defendem o rebaixamento da idade de imputabilidade penal por entender que esses acentuam as arestas da aparência e diluem as fronteiras do real, mitificando uma das principais contradições do sistema capitalista, em que, particularmente, as crianças e adolescentes são os alvos mais vulneráveis pelo o estímulo ao consumo, sem possibilidades reais de consumir. Nessa ótica estabelecemos uma interlocução com a Teoria Crítica do filósofo Herbert Marcuse, analisando, a partir do método dialético, em que medida o modelo de organização social capitalista, ao introjetar nos indivíduos os valores que fortalecem a cultura do consumo sem, no revés, oferecer as garantias de trabalho decente e existência digna às famílias, produz o fenômeno da vulnerabilidade social, sobretudo de crianças e adolescentes. Os dados da OIT apontam que a fórmula para a vulnerabilidade juvenil está na soma de fatores como a desigualdade educacional e *déficit* de emprego formal, que juntos geram a falta de perspectivas e pode conduzir crianças e adolescentes a infração, num contexto em que o estímulo ao consumo não pode ser satisfeito pelas vias legais.

---

[259] Professor do Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins e da Escola de Magistratura do Estado do Tocantins. Licenciado em Filosofia, mestre em Epistemologia, Lógica e Filosofia da Ciência, doutor em Educação. psoares@uft.edu.br

260 Mestranda no Programa de Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins e da Escola de Magistratura do Estado do Tocantins. Graduada em Direito. defensora pública atuante na Defensoria Pública do Estado do Tocantins, município de Araguaína. tessiagomes@hotmail.com

Abstract: This paper discusses the debate about lowering the age of criminal responsibility widely reported in the media of mass. The goal is to establish a review aiming to demystify the arguments that support the lowering of the age of criminal responsibility understanding that they emphasize the apparent edges and dilute the borders of the real, mystifying one of the major contradictions of the capitalist system, particularly where children and adolescents are the most vulnerable targets to consumption, with no real possibilities to consume. From this viewpoint we establish a dialogue with the Critical Theory of the philosopher Herbert Marcuse, analyzing from the dialectical method to what extent the model of capitalist social organization encourages individuals to internalize the values that strengthen consumption culture without offering guarantees of decent work and decent life for families, producing the phenomenon of social vulnerability, especially in children and adolescents. The OIT data show that the formula for youth vulnerability is the sum of factors such as educational inequality and formal employment deficit, which together generate a lack of perspectives and can lead children and teenagers to violation, in a context which the stimulus to consumption cannot be satisfied by legal means.

Palavras-chave: Rebaixamento da idade de imputabilidade penal. Teoria Crítica. Vulnerabilidade social. ECA. Direitos Humanos.

Keyword: Lowering the age of criminal responsibility. Critical Theory. Social vulnerability. ECA. Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, a polêmica sobre o rebaixamento da idade de imputabilidade penal e/ou redução da maioridade penal tem sido acirrada nos telejornais e outras mídias, incitando a opinião pública a exigir justiça e providência das autoridades. Entretanto, muitos fatores precisam ser considerados na defesa intransigente de tal providência, sendo necessário, antes, avaliar em que condições a população adulta de presos cumpre a sua pena ou segue aguardando julgamento. Sabidamente, os presídios brasileiros têm se mostrado verdadeiros antros de desrespeito à dignidade humana, onde presos adultos são amontoados em condições insalubres, sem

higiene e estrutura adequada ao processo de (re)socialização[261]. Bem como não há qualquer política universal para reduzir a reincidência (FILHO, 2010), mesmo porque a reinserção social daquele que cumpriu alguma pena é dificultada por uma série de problemas e preconceitos. No interior dos presídios, o quadro de superlotação retrata apenas o ócio, a violência, a corrupção e a propagação de doenças infectocontagiosas (VASCONCELOS, 2010). Acaso é esse o destino que queremos para as crianças e os adolescentes que cometem alguma infração?

Outra questão importante a ser ressaltada é que, talvez, não se esteja dando a devida atenção ao fato de que as crianças e os adolescentes infratores estão sendo punidos conforme prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), muitas vezes, em estabelecimentos de internação superlotados, enfrentando a não obediência aos prazos de internação provisória ou mesmo sob o acautelamento errôneo em prisões.

O relatório da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente (SPDCA/SEDH/PR, 2008), mostra que está havendo uma espécie de recrudescimento do ECA em função dos apelos sociais. Em consonância com esse fato, houve um aumento nas internações de 1.255 adolescentes em comparação com dados dos anos de 2006 e 2008 (SOUZA; SILVA, 2009).

Evidentemente, desconsidera-se a forma como as crianças e os adolescentes estão sendo inseridos no sistema de privação de liberdade, a ponto de se ressaltar a existência da impunidade, sobretudo, por parte da opinião pública que desconhece a esfera especializada da lei atribuída à infância e juventude.

Com efeito, o que precisa ser questionado são as medidas socioeducativas, principalmente, pela maneira como estão sendo executadas, pois se não são eficientes para garantir os direitos das crianças e dos adolescentes e para (re)socializar com parâmetros que permitam verificar os resultados no processo de

---

[261] Ver exemplo. G1: GLOBO. RBS TV, Santa Catarina, 2013. Disponível em: http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2013/05/video-mostra-ratos-e-condicoes-insalubres-em-presidio-de-blumenau.html Acesso em: 10.05.2013.

inserção social, a internação em instituições não contribui para a construção de relações interpessoais sadias, pelo contrário, pode aumentar o desamparo e a desconfiança, gerando o ressentimento e a reincidência. Torna-se necessário, então, perguntar: quais são os valores sociais oriundos desse período de internação que são levados para a vida adulta?

Acredita-se, nesse sentido, que as medidas socioeducativas aplicadas somente a título de punição podem distanciar ainda mais a criança e o adolescente da rede social e dificultar o acesso a direitos, além de reduzir sua autoestima. Cabe lembrar que o Estado Democrático de Direito não permite a figura de um Estado vingativo-punitivo (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 2012) e, quando se trata de crianças ou adolescentes, os cuidados precisam existir, inclusive, com os discursos, cuja maldade fica expressa na voz de locutores de telejornais incitando a opinião pública de forma irresponsável. Trata-se de um espetáculo: “o ambiente pós-moderno significa basicamente isso: entre nós e o mundo estão os meios tecnológicos de comunicação, ou seja, de simulação. Eles não nos informam sobre o mundo; eles o refazem à sua maneira, hiper-realizam o mundo, transformando-o num espetáculo” (SANTOS, 2012, p. 13/14). A temática do crime é notícia e capta a atenção do telespectador em massa através de espetáculos midiáticos do drama televisionado, que além da superficialidade, desconsidera os problemas sociais que estão por trás das histórias de vida.

Vale lembrar que o número de adolescentes que cometem crimes graves é reduzido, apesar da dimensão fornecida pelos meios de comunicação através de recortes trágicos. Não é, portanto, aceitável a redução da maioridade penal para inserir o adolescente num sistema carcerário incapaz de reinserir o adulto no seio social (VASCONCELOS, 2010).

A contribuição desse artigo para o debate se faz pela análise dos valores sociais disseminados pela sociedade capitalista, pautados na cultura do consumo, no sentido de fornecer elementos que permitam compreender algumas das possíveis causas para o crescente número de internações de crianças e adolescentes, considerando fatores como as medidas protetivas e socioeducativas de socialização e (re)socialização, como também a falta de perspectivas de inserção no mercado de trabalho, de trabalho decente – conforme a definição da Organização

Internacional do Trabalho[262] (OIT/PREJAL, 2009). A relevância do estudo aqui proposto está na perspectiva que lança sobre a realidade, permitindo a reflexão sobre propostas alternativas das medidas socioeducativas no processo de socialização e (re)socialização de adolescentes infratores para a inserção consciente na sociedade. Trata-se, portanto, de um texto teórico que considera o realismo da vida prática, não para propor alternativas, mas para refletir sobre possibilidades.

As políticas públicas e os profissionais designados para trabalhar com crianças e adolescentes precisam refletir acerca da reinserção mediante a consideração de que essa juventude estará novamente diante dos apelos repressivos dos meios de comunicação de massa, sendo estimulados constantemente a se incluir na cultura do consumo.

Necessariamente, a sociedade capitalista exige como resultado a *mimese* ou identificação imediata do indivíduo com os valores do consumo com vistas na sua própria manutenção e reprodução, mas, no caso do Brasil, observa-se que não oferece os meios para combater a vulnerabilidade juvenil a partir de perspectivas de inserção pelo trabalho decente. Conforme os microdados do IBGE/PNAD, divulgados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT/PREJAL, 2009), agenda hemisférica 2006-2015, o *déficit* de emprego formal e vulnerabilidade juvenil, no Brasil, apontaram que 19.320.207 ou 55,7% dos jovens estão em situação de vulnerabilidade, considerando as seguintes variáveis pesquisadas: os desempregados, os ocupados na informalidade (que somados perfazem o *déficit* de emprego formal), os inativos que não estudam, os desempregados que não estudam (perfazendo o total de jovens que não estudam e não trabalham). A tabela segue no corpo do texto mais adiante.

Dessa perspectiva, tendo em vista a vida numa sociedade excludente e cindida em classes, como fica a condição das pessoas que introjetaram a cultura do

---

[262] OIT/PREJAL. In.: CONSTANZI, R. N. *Relatório*: trabalho decente e juventude no Brasil. Organização Internacional do Trabalho (OIT/Prejal). Brasília; Lima: Impresso no Perú, 2009.

consumo e reproduzem o sistema pela produção e consumo, mas, em determinado momento, são afetados por problemas estruturais do próprio sistema, como crises e desemprego, exclusão, falta de acesso, oportunidade, perspectiva? Criou-se a “comunidade do consumo”, mas como reproduzir a sua existência sem produzir efeitos deletérios como crimes de todos os tipos, problemas ambientais e sociais de diferentes ordens?

A partir da leitura e interpretação do pensamento do filósofo frankfurtiano Herbert Marcuse, dentre outros autores, procuramos contribuir com o debate acerca do rebaixamento da idade de imputabilidade penal e a criminalização da miséria mostrando as contradições da sociedade capitalista a partir do método dialético. Procura-se mostrar em que medida o modelo de organização social capitalista, ao introjetar nos indivíduos os valores que corroboram para a cultura do consumo sem oferecer as garantias de trabalho decente e existência digna, produz o fenômeno da vulnerabilidade social que, por conseguinte, configura-se como fator a ser considerado na análise dos índices de criminalidade envolvendo de crianças e adolescentes. O problema da vulnerabilidade social muito tem a ver com as crises cíclicas do capitalismo, cuja reestruturação do mercado de trabalho tem sido realizada pela inserção de inovações tecnológicas que, consequentemente, eliminam postos de trabalho e acirram a concorrência por vagas. Dessa perspectiva, a vida das famílias acaba sendo precarizada e os primeiros a serem frontalmente atingidos com as privações são as crianças e os adolescentes. Criminalizar a miséria e negar os Direitos Humanos é a solução mais adequada ao problema diante desse contexto?

Ao final, apontamos que os interesses para (re)socialização e reinserção dos jovens não podem ser contrários à sua emancipação, isto é, não podem prescindir da apresentação de perspectivas de trabalho, além de atividades que permitam a visualização e compreensão da própria dinâmica do mundo no qual fazem parte. A vigência das medidas socioeducativas, nesse aspecto, precisa servir para descortinar o problema da introjeção dos valores sociais e morais implicados na luta pela existência digna como condição para a politicidade e a cidadania. Numa sociedade unidimensional, cuja ideologia gira em torno da cultura do consumo, o direito de oposição política foi comprometida e a luta por justiça social parece se

manifestar apenas para que haja a defesa da propriedade privada e não mais para organizar os indivíduos em torno de questões que exijam a prevalência de seus direitos comuns para a manutenção do próprio bem comum, sobretudo do bem comum mais valioso ao ser humano: a sua liberdade.

2. A TEORIA CRÍTICA DE HERBERT MARCUSE

A Teoria Crítica, enquanto proposta metodológica, exerce um papel fundamental de crítica ao modelo de organização social vigente. O seu valor está na análise e busca por demonstrar a validez objetiva dos pressupostos presentes nos modelos de organização social existentes, sobretudo, o capitalista. Ao analisar os valores sociais que alicerçam a proposta do sistema capitalista, por exemplo, avalia a sua possibilidade de suavizar a luta do homem pela existência, no sentido de dispor de meios efetivos para minimizar a labuta e a miséria com o uso otimizado dos seus recursos materiais e intelectuais. Em resumo, a Teoria Crítica da sociedade fornece uma análise da formação cultural que nos permite compreender a reprodução capitalista a partir do trabalho.

O filósofo Herbert Marcuse[263] desvela as contradições e elementos paradoxais coexistentes na sociedade industrial, expressos, sobretudo, por uma ideologia que manipula as mentes e obscurece a realidade ao oferecer o conforto aos indivíduos cobrando-lhes em troca a liberdade. O efeito visível da ideologia é a paralisia da crítica e hegemonia social em torno da tendência dominante, caracterizando a sociedade unidimensional.

Enquanto projeto social, dentre outros possíveis, o sistema capitalista pode ser identificado pela maneira específica com que utiliza as forças produtivas e a natureza para determinar o desenvolvimento da sociedade. Para Marcuse, trata-se

---

[263] MARCUSE, Herbert. *Ideologia da sociedade industrial.* Trad. Giasone Rebuá. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

de um projeto de transformação e organização da natureza como material de controle e do homem como força de trabalho mercantilizada sujeita à dominação.

A despeito disso, em virtude do modo como se organizou, a sociedade capitalista tornou-se tecnológica e totalitária, tanto que, no mundo contemporâneo, invadiu todas as esferas da vida pública e privada – o lazer, o trabalho, os meios de comunicação, etc., manipulando os interesses a partir do consumo. Ao manipular os interesses impede o surgimento de oposição e crítica – torna-se unidimensional - à medida que os indivíduos passam a ser controlados pela ideologia das relações econômicas, trocando a liberdade pelo conforto, isto é, conformando-se aos valores da cultura do consumo. Assim, aceitam que a sua liberdade seja apenas liberdade econômica. A evidente contradição fica disposta na prerrogativa de administração total dos indivíduos, usando a própria liberdade como instrumento de dominação.

A ideia central é que a massificação da cultura do consumo iniciou um processo de controle das mentes a partir de uma racionalidade tecnológica disseminada pela ideologia da sociedade industrial e o efeito dessa ideologia sobre a mente explicita-se pela introjeção de valores que, no interior de uma estrutura capitalista, permitiu um processo de reprodução dessa cultura. Uma vez introjetados tais valores, a crítica retrocede, já que “nas condições de um padrão de vida crescente, o não-conformismo com o próprio sistema parece socialmente inútil” (MARCUSE, 1967, p. 24). Nesse sentido, a liberdade de pensamento, a liberdade de palavra, a liberdade de consciência, a liberdade de escolha, etc., perdem o sentido de existir enquanto substância concreta de toda a liberdade no que tange à autonomia e direito de oposição política.

A introjeção é entendida, aqui, como um processo psicológico relativamente espontâneo que faz com que o indivíduo transfira a determinação exterior para o interior de si mesmo, abrindo caminho para a reprodução e perpetuação dos controles sociais externos exercidos pela sociedade; esse fato, isto é, a introjeção deu origem ao que Marcuse chamou de racionalidade instrumental ou tecnológica, moldada na palavra e na ação por um ambiente uniforme nas várias dimensões - social, cultural, política e econômica para auxiliar na vida prática a reprodução e luta pela existência. Em outras palavras, os indivíduos introjetam a racionalidade dominante e a reproduzem de forma acrítica.

Para explicar o processo psicológico da introjeção, Freud (1996), em seu livro "O futuro de uma ilusão", afirma que o desenvolvimento humano apresenta uma vantagem mental que permite que as coerções externas sejam gradualmente internalizadas pelos indivíduos. Essa vantagem mental é possível pela atuação do superego, que internaliza a cultura, isto é, os valores morais e sociais à guisa de repressão sobre as pulsões para limitar a liberdade extrema que colocaria o homem numa condição próxima a de um animal.

Nesse sentido, a repressão, que aparenta ser um fator prejudicial, mostra-se necessária para o processo civilizatório, já que o superego[264] representa uma vantagem cultural, no sentido de assegurar a internalização das condições sociais e morais.

Observamos, entretanto, que a interpretação marcuseana de Freud, preconiza que a repressão para o trabalho[265], no atual estágio da sociedade tecnológica, foi compensada pela troca da liberdade pelo conforto. Dessa perspectiva, a vida pode ser caracterizada por "uma falta de liberdade confortável, suave, razoável e democrática na civilização industrial desenvolvida, um testemunho do progresso técnico" (MARCUSE, 1967, p. 23).

A repressão serviu, em última instância, ao sistema capitalista, pois os indivíduos introjetaram os valores da cultura do consumo e passaram a reproduzi-la. Consequentemente, o processo de transformação social rumo a outras possibilidades se inviabilizou à medida que as bases da crítica necessárias à emancipação humana foram alteradas a partir da ausência de consciência e ação política das classes sociais. Em outras palavras, o desenvolvimento do capitalismo alterou a estrutura e a função das classes sociais "de tal modo que elas não parecem ser agentes de transformação social" (MARCUSE, 1967, p. 16).

---

[264] O superego, ao mesmo tempo em que reprime a condição animal e projeta o homem cultural para permitir o processo civilizatório, gera o problema apontado por Marcuse da introjeção dos valores da cultura do consumo necessário para a reprodução do capitalismo e nefasto para o processo de emancipação humana.

[265] Tanto Freud quanto Marcuse concordam que os homens não são naturalmente amantes do trabalho e que a repressão desempenha um importante papel na transformação da natureza em cultura.

Um problema já preconizado por Freud é que as classes subprivilegiadas são exploradas no trabalho e não são devidamente compensadas e, “em tais condições, não é de esperar uma internalização das proibições culturais entre as pessoas oprimidas” (1996, p. 22), que não estão preparadas para reconhecê-las. Assim, muito possivelmente, voltar-se-ão contra a cultura. O problema tratado nesse artigo situa-se nesse pressuposto.

Há os indivíduos que não internalizam a cultura e podem se voltar contra ela, procurando destruí-la, mas há também aqueles que internalizam a cultura e são excluídos por ela, como é o caso de ser criado sob a égide da cultura do consumo, mas não estar em condições de participar dela por diferentes fatores contraditórios inerentes ao modelo de organização social capitalista.

Nesse artigo, o foco são as contradições do sistema, que ocasionam a vulnerabilidade social e a criminalidade, por exemplo, já que o trabalho como uma categoria fundamental para a sustentação da organização social não é garantido para todos e, quando há trabalho, a luta pela existência digna esbarra na expropriação da força de trabalho e na administração total dos indivíduos como instrumentos de dominação. No modo de produção capitalista é inerente a tendência do movimento do capital em expandir a sua dimensão constante (máquinas e tecnologias) em detrimento de sua dimensão variável (trabalho vivo) pela necessidade premente em diminuir o tempo de produção de determinada mercadoria (ANTUNES, 2003). Nesse sentido, as inovações tecnológicas tendem a fechar vagas no mercado de trabalho e aumentar a precarização da vida dos trabalhadores.

3. DESIGUALDADE EDUCACIONAL E MERCADO DE TRABALHO: A FÓRMULA DA VULNERABILIDADE

Atualmente, as constantes crises do sistema capitalista vêm afetando, principalmente, o mercado de trabalho que precisa ser reestruturado. Conforme o professor José Paulo Netto (2012, p. 415), “não existe capitalismo sem crise”, tanto

que, atualmente, estamos passando por uma crise de natureza sistêmica[266]. Dessa perspectiva, um fator a ser considerado é a reestruturação do mercado de trabalho, estreitamente relacionado com as inovações tecnológicas que eliminam postos de trabalho, aumentam a concorrência por vagas e, por conseguinte, precarizam as condições de vida da maioria dos trabalhadores, cujo horizonte é o desemprego e a informalidade.

Dupas (2011, p. 35) acrescenta que mudanças drásticas estão ocorrendo e,

> em síntese, a radical mudança no paradigma do trabalho torna progressivamente mais flexível o emprego tradicional e faz explodir a informalidade. Como consequência de todos esses fatores, a disparidade de renda está crescendo; e a pobreza, o desemprego e o subemprego estão engrossando a exclusão social.

Entretanto, contrário a esse movimento, observa-se a tentativa desesperada do mercado de manter alimentadas as prerrogativas no consumo de mercadorias, sobretudo bens duráveis, seja pelo estímulo na redução de impostos, seja pela facilitação a linhas de crédito, como podemos notar na realidade brasileira. Tudo anunciado exaustivamente nos diferentes meios de comunicação de massa. A ideia é continuar estimulando o consumo, mesmo que o endividamento dos indivíduos se torne natural, a tal ponto do resultado ser a inadimplência e, por conseguinte, a punição com as perdas.

Em resumo, há um constante estímulo para o consumo com vistas na manutenção da economia, mas não garantia de emprego devido a uma constante reestruturação do mercado, fator que si mesmo gera insegurança e produz o fenômeno da vulnerabilidade.

A criminalização da miséria tem suas raízes no fenômeno da vulnerabilidade e se soma à expansão de outros tipos penais, ocasionando o encarceramento

---

[266] Desde o fim do século XX, as economias mundiais estão registrando crises financeiras como expressão da própria dinâmica contraditória do capitalismo. Historicamente, as crises são cíclicas e característica inevitável desse sistema. Entretanto, o mundo só experimentou duas crises sistêmicas (em 1873 e em 1929), isto é, crises que envolveram toda a estrutura da ordem do capital e, está enfrentando outra agora.

massivo de adultos[267] e adolescentes, com o agravante de perspectivas mínimas de (re)inserção no mercado de trabalho, cada vez mais competitivo e limitador. Sabidamente, o perfil de vulnerabilidade social dos presos brasileiros é marcado pela baixa escolaridade, baixa renda e desemprego (BARRETO, 2006). Dessa forma, cada vez mais são criados estereótipos oriundos da exclusão social pela pobreza, os quais ficam sob o julgo da lei penal, para serem "adocicados" e padronizados sob a (pseudo)ideologia pregada pelo discurso da ressocialização.

Verifica-se pela estatística do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen), oriunda do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (junho de 2012), que a maior parte da população carcerária possui baixa escolaridade. O indicador automático de população carcerária por 100.000 habitantes, na categoria referente ao perfil do preso, aponta uma população carcerária composta de 228.627 (duzentos e vinte e oito mil seiscentos e vinte e sete) pessoas com ensino fundamental incompleto quando aqueles com ensino superior completo totalizavam 2.126 (dois mil cento e vinte e seis) (BRASIL, Ministério da Justiça, 2012).

O crescimento da população carcerária possui um perfil: são pessoas pobres que necessitam de assistência e educação. Conforme pesquisa realizada por Barretto (2006, p. 67), esse universo é composto, "de réus com escolaridade primária e baixa renda (não contratam advogado, há grande número de desempregados), com os negros sobre-representados e há o predomínio de réus jovens e do sexo masculino – características que correspondem ao estereótipo criminal".

Além dos presos já condenados, o número de pessoas que aguardam presas o seu julgamento é expressivo. Ainda, conforme o InfoPen, com base no indicador automático de população carcerária por 100.000 habitantes, na categoria referente à quantidade de presos/internados, há uma população carcerária composta de 191.024 (cento e noventa e um mil e vinte e quatro) presos provisórios (BRASIL, Ministério da Justiça, 2012)

---

[267] "O Brasil é o quarto país no mundo em número de presos" (FILHO, 2010, p. 145).

Os dados evidenciam que a ausência de educação é um fator que torna os indivíduos mais vulneráveis à criminalidade, mas há que se juntar a esse fator a reestruturação do mercado de trabalho que passou a ser seletivo e exigir mão-de-obra qualificada para lidar com as inovações tecnológicas.

O índice de vulnerabilidade juvenil no Brasil[268], por sua vez, em relação ao trabalho decente, conforme os dados divulgados pela Organização Internacional do trabalho (OIT/PREJAL), agenda hemisférica 2006-2015, envolve variáveis como desemprego, ocupação informal, déficit de emprego formal, inativos que não estudam, desempregados que não estudam, jovens que não estudam e não trabalham. Conforme tabela:

Déficit do emprego formal e vulnerabilidade juvenil – Brasil 2006

Item	Valores absolu	Valores em relação ao total em %
Total	34.	
I – Desempregados	3.	
II – Ocupados na informalidade	11.	
III – Déficit de emprego formal = I+II	14.	43,2% do total do
		67,5%
IV – Inativos que não estudam	4.	
V – Desempregados que não estudam	2.	
VI – Jovens que não estudam e não trabalh + V	6.	
VII – Índice de vulnerabilidade Juvenil = V=III+IV	19.	

Fonte: Elaborado pela OIT/PREJAL, a partir de microdados da IBGE/PNAD de 2006; Brasil como

[268] OIT/PREJAL. In.: CONSTANZI, R. N. *Relatório*: trabalho decente e juventude no Brasil. Organização Internacional do Trabalho (OIT/PREJAL). Brasília; Lima: Impresso no Perú, 2009.

inclusive com norte rural.

O que chama a atenção é o cenário de exclusão fruto da soma de variáveis: desigualdade educacional e mercado de trabalho. A pergunta que precisa de resposta é a seguinte: como vive um jovem, por exemplo, com a idade de 16 anos completos, numa sociedade que estimula e introjeta a cultura do consumo pela repressão, mas não oferece perspectivas em relação ao trabalho decente? Explicita-se que a idade de 16 anos completos satisfaz a condições necessárias para inserção no mundo do trabalho previstas no ECA (2010, p. 167-168).

> [...] a legislação nacional ou a autoridade competente, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, poderá autorizar o emprego ou trabalho a partir da idade de 16 anos, desde que fiquem plenamente garantidas a saúde, a segurança e a moral dessas crianças e que estas tenham recebido instrução ou formação profissional adequada e específica na área de atividade correspondente.

A despeito disso, o percentual de vulnerabilidade juvenil conforme sexo e raça entre homens e mulheres também varia: num total de 55,7%, sendo 54,2% homens e 57,1 mulheres; 49,0% brancos e 61,7% negros; 46,8% homens jovens brancos e 60,6% homens jovens negros; 51,1% mulheres jovens brancas e 62,8 mulheres jovens negras[269] (OIT/PREJAL, 2009).

Numa análise marcuseana, a sociedade capitalista não oferece meios efetivos para minimizar a labuta e a miséria com o uso otimizado dos seus recursos materiais e intelectuais. Pelo contrário, introjeta uma ideologia que condena parte das suas crianças e adolescentes a uma vida de privação e situação de vulnerabilidade que pode conduzir a atos indesejáveis como a criminalidade para satisfazer os desejos de consumo ou mesmo para suprir as necessidades mais básicas. “A intensidade, a satisfação e até o caráter das necessidades humanas, acima do nível biológico, sempre foram precondicionados” (MARCUSE, 1967, p. 26) pela cultura, mas no capitalismo a indústria e a publicidade fazem com que os produtos manipulem e doutrinem para um dado estilo de vida. Dessa forma,

[269] Dados da OIT/PREJAL, a elaborados a partir de microdados da IBGE/PNAD de 2006; Brasil como um todo, inclusive com norte rural.

prescreve hábitos de consumo que a maioria das famílias brasileiras não consegue manter. Vale lembrar que fatores como baixa escolaridade, desestrutura familiar, falta de recursos financeiros, informalidade e desemprego, dificuldades de acesso e falta de perspectivas, dentre outros, caracterizam a situação de vulnerabilidade que afeta uma parcela considerável dos adolescentes internados. A situação é similar ao que ocorre no sistema carcerário, composto em sua maioria de adultos com baixo grau de instrução.

Nesse ínterim, políticas públicas inclusivas e educacionais deveriam estar no topo das prioridades governamentais, pois representa a referência social com que os indivíduos são inseridos na sociedade. Oliveira e Silva (2009, p. 15) argumentam o seguinte:

> Ainda hoje, estar dentro ou fora do sistema escolar é um fator de identidade, respeito e auto-estima para os jovens. Ainda que a escola encontre problemas cada vez mais severos para cumprir suas funções nos tempos atuais, ela ainda representa uma forte referência de inclusão/exclusão social. Não há política social que tenha êxito sem que considere a necessidade do fortalecimento do sistema escolar e das condições de acesso e permanência na escola.

Evidentemente, o debate acerca da redução da maioridade penal precisa necessariamente considerar a educação como política social fundamental ao processo de desenvolvimento social e cultural da nação. Entretanto, verifica-se que as condições historicamente constituídas da maioria da população brasileira apontam para a precarização da vida, fator que precisa ser considerado para se compreender que as infrações comentidas por crianças e adolescentes possuem suas raízes nesse processo de precarização histórico, somado a formas de repressão cultural e inclusão social pelo consumo. Conforme Marcuse, a cultura pré-condiciona os indivíduos aos valores vigentes e a estrutura capitalista espera um comportamento "apropriado". Portanto, espera-se que os indivíduos reproduzam mimeticamente os valores do consumo.

As questões relacionadas à prática de atos infracionais estão intimamente relacionada ao contexto de desigualdade e desemprego, de modo que a conclusão acerca do destino de crianças e adolescentes infratores precisa receber a atenção por outras formas que não a mera punição, mesmo porque a sociedade criou e

mantém a repressão para o consumo sem resolver minimamente os problemas sociais. Dessa perspectiva, é ilusório tratar a pobreza como um problema de lei e ordem[270].

Certamente, as questões sociais necessitam ser tratadas fora do âmbito criminal, mas deve se considerar que a desigualdade educacional e as condições de exigência seletiva do mercado de trabalho perfazem a fórmula da vulnerabilidade, inclusive, a juvenil. Associa-se a tal fórmula, a busca por satisfação das necessidades básicas e inclusão pelo consumo. Quando não há meios para consumir e os índices de criminalidade por roubo crescem, como se observa nas grandes cidades brasileiras, a população empobrecida, em meio aos discursos de 6ª economia mundial, é falsamente culpabilizada.

As questões sociais estão estreitamente relacionadas com o conflito com a lei, mas precisam ser tratadas, antes, fora do âmbito criminal e não com a ampliação de tipos penais seletivos (criminalização da miséria) ou mesmo com o rebaixamento da idade de imputabilidade penal para punir jovens estimulados, todo momento, a consumir. Enrijecer o cárcere implicará em segregar ainda mais aqueles que já não participam do mercado consumidor (mendigos, desempregados, pessoas sem posses), quando, pelo contrário, deveriam ser incluídos em programas de políticas públicas e atendidos em suas necessidades básicas.

4. A CULTURA DO CONSUMO NA VIDA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Um fenômeno social como o aumento no número de internações de crianças e adolescentes infratores precisa ser analisado à luz das contradições existentes na própria organização social. Apontamos, inicialmente, que a

---

[270] Em passagem interesse para o contexto descrito, Bauman (2013, p. 10-11) contribui: “não justifica por si mesma reclassificar a pobreza como problema criminal; ao contrário, ela enfatiza a necessidade de tratar a delinquência juvenil como problema *social*: baixar as taxas de jovens que entram em conflito com a lei exige que se atinjam as raízes do fenômeno, e estas *são* sociais”.

organização social nas sociedades capitalistas ocidentais é ideológica, pois promete o conforto ao indivíduo, mas quer em troca a sua liberdade. Para tanto, diversos instrumentos e veículos de disseminação da cultura são utilizados para que os indivíduos, desde a mais tenra idade, sejam incluídos e se identifiquem com a cultura do consumo, internalizando-a e reproduzindo um estilo de vida.

Contudo, a mesma sociedade que inclui o indivíduo nas bases fundamentais de seu funcionamento e organização não mantém os meios de sua sobrevivência, haja vista o desemprego, o subemprego e a informalidade, que afetam parte da população; e, quando a sociedade inclui, não minimiza a labuta cotidiana pela existência e expropria a força de trabalho. Além, de dois problemas fundamentais presentes na ideologia da sociedade industrial: o totalitarismo e a unidimensionalidade (MARCUSE, 1967).

A sociedade capitalista é totalitária, pois reprime os indivíduos e administra as suas vidas a partir das conquistas científicas, que invadem todos os espaços da vida e criam constantemente novas necessidades de consumo. Essa sociedade é também unidimensional, pois inviabiliza a crítica e a resistência, bem como impede a emancipação humana, uma vez que os indivíduos não estão em condições de escolher por si mesmos, mas em conformidade com a ideologia perversa da racionalidade instrumental que foi introjetada. O funcionamento desse modelo de organização social interfere e influencia na questão da vulnerabilidade juvenil. Uma sociedade totalitária e unidimensional que se impõe repressivamente e invade todas as esferas da vida, bem como interfere na condição fundamental de politicidade ao uniformizar os valores e eliminar a crítica a ponto de impedir a emancipação humana pode ser considerada uma sociedade livre? Em relação aos Direitos Humanos a ideologia da sociedade industrial está respeitando o direito à liberdade? Eis questões que precisam de um debate, mas que ficarão, aqui, apenas expostos a título de reflexão.

Cotidianamente, pode-se verificar que a sociedade de consumo impõe, explicitamente, ao adolescente uma posição de conquista através do “ter” para que seja incluído socialmente, simbolizando a sua integração num grupo. Os objetos atuais de consumo, tais como produtos eletrônicos, alimentos, viagens, carros, roupas e calçados de etiqueta, etc., estimulam o desejo e conferem o *status* social

aos indivíduos. Aquele que possui bens e ostenta riqueza é aceito como indivíduo bem sucedido e merecedor de uma vida boa que deve servir de modelo para todos. O psicanalista frankfurtiano Erich Fromm (2011, p. 45) exprime esse pressuposto da seguinte forma: "os consumidores modernos podem identificar-se pela fórmula: *eu sou = o que tenho e o que consumo*".

Enfim, uma característica da sociedade industrial é o estímulo ao consumo como forma de ter e de ser pela ostentação de riquezas. Os indivíduos se reconhecem nos seus objetos e pertences. "As criaturas se reconhecem em suas mercadorias; encontram sua alma em seu automóvel, *hi-fi*, casa em patamares, utensílios de cozinha" (MARCUSE, 1967, p. 29). Está em curso uma clara reprodução das categorias dominantes da sociedade industrial, isto é, a mente moldada pelo valor de mercado.

No entanto, o problema é que para a maioria da população brasileira esse pressuposto é falso, mesmo porque a existência vem sendo degradada progressivamente em meio às incertezas do capitalismo contemporâneo imerso em crises cíclicas que afetam, sobretudo, os segmentos desprotegidos socialmente.

> Tais segmentos compreendem universos heterogêneos, desde aposentados com pensões miseráveis, crianças e adolescentes sem qualquer cobertura social, migrantes e refugiados, doentes estigmatizados (recordem-se os aidéticos pobres) até trabalhadores expulsos do mercado de trabalho (formal e informal). (NETTO, 2012, p. 418).

A lógica do capital, de acordo com o professor José Paulo Netto, possui uma dinâmica que invade todos os processos do espaço cultural, como a criação, a produção, a divulgação, a fruição e o consumo. As formas culturais de socialização incorporaram os meios eletrônicos como mercadorias necessárias, cuja obsolescência programada e imediaticidade reificante exigem cada vez mais atenção do indivíduo para se manter dentro dos padrões. Diferentemente de Marcuse, para quem a sociedade industrial é a personificação da sociedade de consumo, Netto acredita que a sociedade burguesa não pode ser identificada como "sociedade de consumo" embora a sua cultura seja uma cultura de consumo, pois "ela cria a 'sensibilidade consumidora' que se abre à devoração indiscriminada e equalizadora de bens materiais e ideais [...]" (2012, p. 419).

A mercantilização planetária da vida social é uma proposta de realidade em virtude do efêmero e da fragmentação captada por essa sensibilidade. Dessa perspectiva, o anseio por viver intensamente o consumo em meio à fugacidade da vida e obsolescência programada dos bens de consumo, tendo como pano de fundo um cenário de desemprego estrutural, baixos salários e o desejo de uma vida bem sucedida, com prestígio e patrimônio, estimula e indica os caminhos mais fáceis para entrada da criança e do adolescente em atividades que propiciem essa falsa felicidade permeada pelas práticas criminosas[271].

Evidencia-se aqui a contradição no clamor da opinião pública pelo rebaixamento da idade de imputabilidade penal à medida que favorece a ideologia do sistema capitalista, que criminaliza a miséria gerada pelo próprio sistema.

Ora, o crescente número de encarceramentos decorrentes do modelo de cultura consumista é constituído por pessoas excluídas da sociedade de consumo, pessoas marginalizadas que, simplesmente, não fazem parte, e querem fazer pelo desejo de consumir, optando pelo crime em busca do conforto prometido e negado pelo capitalismo por meio do trabalho decente. Na verdade, os "consumidores falhos" são dispensáveis por se tratarem de refugos humanos: não fazem mais parte desse jogo (BAUMAN, 2005, p. 22).

De acordo com Vasconcellos (2010, p. 2), "a criminalização de indivíduos não-consumidores, realizada pelo sistema penal, corresponde a uma nova mentalidade socialmente hegemônica sobre a resposta ao delito, que recebe a adesão de políticos e de operadores do sistema de justiça", corroborando na defesa da ideia de rebaixamento da idade de imputabilidade penal e criminalização da miséria.

Diante desse quadro, o papel de toda e qualquer educação formal deve ser o de apresentar esse pressuposto como tema de debate e propor maneiras de

---

[271] Ver documentário: SALLES, João M.; LUND, Kátia. *Notícias de uma guerra particular*. Rio de Janeiro, 1999. Disponível em: http://www.youtube.com/watch?v=EAMIhC0klRo Acesso em 03.06.2013.

resistência à dominação e repressão para o consumo alienado como forma de permitir que a luta pela existência seja digna e fonte de emancipação.

Até quando a sociedade do consumo vai usar a liberdade de compra como instrumento de dominação? Para Marcuse, toda libertação depende da consciência da servidão, pois a sociedade de consumo se reproduz a partir desse pressuposto. Depreende-se daí, que indivíduos sem uma perspectiva de trabalho decente (OIT/PREJAL, 2009) são colocados num turbilhão histórico de exclusão e passam a ser considerados vulneráveis nesse processo.

5. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE INFRATOR: A CONTRADIÇÃO ENTRE A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA E O CONFINAMENTO

Diante da argumentação tecida até o momento, a questão que se coloca como emergente no contexto da punição ao adolescente ou criança infratora, ou mesmo diante do debate acerca do rebaixamento da idade de imputabilidade penal é a seguinte: devemos tratá-la da mesma forma que se trata um adulto condenado pela justiça, como um “setores inassimiláveis da população”[272]? Em caso afirmativo, configura-se a ideia de que a única alternativa é a prisão, isto é, a retirada de vista das crianças e dos adolescentes que não se consegue “acomodar” no seio social. A prisonização ou privação da liberdade, nesse sentido, tem por propósito claro a exclusão através da imobilidade.

Entretanto, há que se considerar as evidentes contradições. Como pensar, por exemplo, a contradição entre uma medida socioeducativa e o confinamento? Ora, o confinamento cessa um dos direitos fundamentais do indivíduo: a locomoção.

---

[272]Conforme Zigmunt Bauman (1999, p. 114), “o confinamento espacial, o encarceramento sob variados graus de severidade e rigor, tem sido em todas as épocas o método primordial de lidar com setores inassimiláveis e problemáticos da população, difíceis de controlar. Os escravos eram confinados às senzalas. Também eram isolados os leprosos, os loucos e os de etnia ou religião diversa das predominantes. Quando tinham permissão de andar fora das áreas a eles destinadas, eram obrigados a levar sinais do seu isolamento para que todos soubessem que pertenciam a outros espaços”.

Além disso, historicamente, o isolamento que advém do confinamento é uma forma de segregar e evitar os problemas sociais historicamente constituídos sem resolvê-los.

No caso da criança e do adolescente infrator, a internação prevista por lei, por si mesma, possui grande carga punitiva/retributiva, pois tolhe a sua liberdade numa época de transição, quando o tempo possui grande significado em sua formação. Segundo Souza e Silva (2009, p. 03), adolescência e privação da liberdade são antagônicos na vida prática e por distintos motivos.

> Privação de liberdade e adolescência são termos que conceitualmente se opõem. A adolescência por si mesma é a fase da vida de uma pessoa em que mais se busca a liberdade, a auto-afirmação, a descoberta de novos caminhos. É na adolescência que se anela 'ganhar o mundo', andar por estradas desconhecidas, aventurar-se de todos os modos. De modo que, tratar a adolescência e a privação de liberdade ao mesmo tempo é tratar de ideias aparentemente antagônicas.

Dessa forma, nota-se as duas vias espinhosas por onde se delineia a situação da criança e do adolescente infrator: por um lado, é necessário fazer com que a lei se cumpra, por outro, apresentar perspectivas de (re)socialização mediante atividades educativas. A lei não pode representar apenas uma punição, como o confinamento, por exemplo, para limitar a locomoção, sendo responsabilidade do Estado a definição de medidas socioeducativas para a reinserção do jovem na sociedade.

Segundo Carvalho (2010, p. 50), "é necessário que as alternativas à prisão sejam efetivamente *alternativas,* e não sistemas adicionais, apêndices ou válvulas de escape do insolvente modelo carcerário. Deveriam constituir-se, pois em possibilidades reais". Nesse sentido, é necessário pensar a ideia de que a prisionização da criança ou do adolescente infrator não coaduna com a ideia de internação acompanhada de medida socioeducativa, aplicada conforme o princípio da brevidade: ao da mínima intervenção e a excepcionalidade da intervenção judicial, descritos no Artigo 35, da Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012, que regulamentou a execução das medidas socieducativas destinadas à criança ou ao adolescente que tenha praticado algum ato infracional.

A referida legislação é fruto de longo debate iniciado em 2004, pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) como política pública ordenada de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas previstas no Artigo 112 do ECA, bem como reforçou a ideia de que a internação deverá ser a última opção, com o objetivo de que o caráter pedagógico se sobreponha ao punitivo.

> Reforçando o caráter pedagógico em detrimento do caráter punitivo, o SINASE dá relevância às medidas em meio aberto, como a Prestação de Serviços à Comunidade (PSC) e a Liberdade Assistida (LA), acentuando que as medidas privativas de liberdade (semiliberdade, internação provisória e internação), devem ter sua aplicação restrita em caráter de brevidade e excepcionalidade. (COSTA, 2009, p. 8). (grifo nosso).

A reflexão proposta se insere no rol de inquietações sobre a legislação voltada para imputar a criminalização de crianças e adolescentes infratores, a saber, se esses princípios descritos acima estão sendo observados na prática da execução quando confrontados com o crescente número de internações devido ao recrudescimento da lei. Diante disso, falar em impunidade, seja em nível qualificado ou da mera opinião pública, significa desconhecer a esfera especializada da lei atribuída à infância e juventude.

A criança e o adolescente que, por ventura, tenham cometido alguma infração estão sendo aprisionados, muitas vezes, em instituições que não obedecem aos padrões dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Conforme Costa (2009, p. 12), “a inspeção nacional de unidades socioeducativas de internação evidenciou que a maioria das instituições são inadequadas segundo os parâmetros do ECA e servem como mero local de contenção e encarceramento de adolescentes”.

A inadequação de grande parte das unidades socioeducativas de internação, as quais desatendem aos parâmetros descritos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), não garantem os direitos dos adolescentes privados de liberdade por se tratarem de verdadeiras prisões. O resultado dessa realidade implica em instituições voltadas ao encarceramento sem qualquer papel

ressocializador ou de mudança positiva na vida do socioeducando. Para Salo de Carvalho (2010, p. 31) tal quadro reflete a falta de preocupação com a efetividade dos Direitos Humanos.

> A perversa equação que agrega as históricas omissões nas políticas sociais às políticas criminais de ampliação das hipóteses de criminalização e punição produz, como resultado, a barbarização dos espaços de encarceramento. Locais de punitividade cada vez mais alheios aos projetos voltados à implementação dos programas de ressocialização e deficitários em relação aos investimentos que propiciem a sobrevivência digna aos apenados (cárceres, manicômios e instituições juvenis).

Do exposto, tem-se que o fervoroso debate sobre o rebaixamento da idade de imputabilidade penal não poderá alcançar sucesso, apesar das constantes reivindicações por ações mais severas que, por conseguinte, associam o aumento da violência à falsa ideia de impunidade, sem sequer considerar que as medidas socioeducativas realizadas em meio aberto possuem melhor resultado do que aquelas cumpridas em meio fechado. Conforme argumenta Souza e Silva (2009, p. 14):

> O que se observa é que as medidas socioeducativas previstas no ECA, em especial as realizadas em meio aberto e com a participação da família e da comunidade, são as que melhores resultados apresentam (UNICEF, 2003). É necessário fortalecer uma rede articulada de proteção à população de adolescentes envolvidos na criminalidade e urge a elaboração de políticas articuladas, estaduais e municipais, que permitem a construção de uma trajetória de inclusão social aos adolescentes egressos de medidas socioeducativas.

A promoção de ações que visem ampliar a aplicação das medidas socioeducativas em meio aberto como alternativa às medidas de privação de liberdade está descrita no objetivo da Estratégia Nacional de Aperfeiçoamento do Sistema Socioeducativo no anexo III, artigo 1°, inciso II da Carta de Constituição de Estratégias em Defesa da Proteção Integral dos Direitos da Criança e do Adolescente, a ser executada de forma conjunta pelos seguintes órgãos: Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Conselho Nacional de Defensores Públicos Gerais, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da

República, Ministério da Justiça, Ministério da Educação, Ministério do Trabalho em Emprego, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e Ministério da Saúde.

Também o inciso IV do anexo III, do artigo 1°, da referida Carta de Constituição de Estratégias em Defesa da Proteção Integral dos Direitos da Criança e do Adolescente indicou a necessidade de fomentar ações que visem reduzir o período de internação provisória e os índices de aplicação de medidas socioeducativas em meio fechado, de forma a tornar efetiva a norma legal que estabelece a excepcionalidade e a transitoriedade como características fundamentais das medidas privativas da liberdade imposta aos adolescentes.

Note-se que a Estratégia Nacional de Aperfeiçoamento do Sistema Socioeducativo aponta como prioritárias as ações que visem efetivar as medidas em meio aberto:

> Art. 2 A Estratégia Nacional de Aperfeiçoamento do Sistema Socioeducativo terá as seguintes ações prioritárias:
>
> I – realizar esforço concentrado e articulado para efetivação prioritária dos serviços de atendimento socioeducativos em meio aberto; (anexo III, da Carta de Constituição de Estratégias em Defesa da Proteção Integral dos Direitos da Criança e do Adolescente, p. 15).

Diante do exposto, fica evidente que adotar medidas contra o previsto na lei, isto é, negar a possibilidade de que a criança ou o adolescente infrator passem por um processo digno de (re)socialização em meio aberto implica, necessariamente, em contradição, sem atender ao que se espera de um país que possui todas as condições para oferecer à juventude uma existência social adequada à sua formação.

A discussão sobre o rebaixamento da idade de imputabilidade penal não pode e nem deve lograr êxito, tendo em vista que desconsidera a natureza de cláusula pétrea do artigo 228 da Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, inconstitucional. Note-se que o constituinte originário pautou-se em princípios da Doutrina da Proteção Integral da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança ao elaborá-la, conforme se observa em particular na redação dos artigos

227 e 228. A opção do poder constituinte necessita ser respeitada pelo reformador, sob a pena de afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana, direito fundamental ligado à liberdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, a ansiedade em aprisionar crianças e adolescentes infratores é fomentada pela mídia através de recortes negativos, os quais são apresentados como regra ou verdade única, sem considerar a própria dinâmica da organização social do capitalismo e os problemas sociais historicamente constituídos. Entretanto, nossa análise caminhou no sentido de mostrar que o sentimento de que o isolamento em relação à massa carcerária pode resolver o problema é falso, pois outros fatores precisam ser considerados e problematizados, como os profundos problemas sociais que o Brasil possui, sobretudo em termos de desigualdade. Não se pode esquecer que os tipos penais aprovados pelo poder legislativo atingem diretamente as pessoas com parcas rendas que são constantemente "bombardeadas" de estímulos ao consumo.

A redução da maioridade penal nada tem de positivo, pois permitirá que adolescentes sejam encarcerados em ambientes inadequados e percam a esperança diante da falta de perspectiva, tanto de trabalho decente, quanto de um futuro possível. A internação de jovens pobres e analfabetos em condições inadequadas e sem um projeto de medida socioeducativa não (re)socializa e nem sequer insere o indivíduo no seio social, pelo contrário, tem dado mostras de reincidências, sobretudo, porque não produz emancipação. Contudo, pensar em um modelo condizente com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) significa adotar uma postura ética e responsável para com as gerações futuras. Pensar em processos emancipatórios significa destinar educação crítica que fortaleça os critérios de escolha pelo indivíduo e lhe permita visualizar e compreender a própria dinâmica do mundo em que faz parte, bem como fornecer as bases para o trabalho digno pelo aprendizado de uma profissão (realizado em meio aberto). Em resumo, trata-se de criar e investir em alternativas de atendimento socioeducativo que

contemplem o que prescreve o anexo III, da Carta de Constituição de Estratégias em Defesa da Proteção Integral dos Direitos da Criança e do Adolescente.

A contradição inerente ao capitalismo se explicita pela ideologia da sociedade industrial que introjeta os seus valores e inclui os indivíduos pela padronização de um estilo de vida, mas exclui e retira de circulação os que não conseguem se manter nos limites desse pressuposto e que, sem opção de subsistência, ou mesmo para atender aos apelos do consumo, cometem crimes. O que se procura justificar é que a própria sociedade capitalista tem produzido o fenômeno da criminalidade que, para evitá-la, criminaliza a miséria sem resolver os problemas sociais.

Ora, paira sob a realidade distorcida e falsa a contradição, na visão popular, de que as crianças e os adolescentes infratores ficam impunes, uma vez que não fazem parte do sistema penal a que se submetem os adultos. Todavia, as unidades de internação, em todo o país, estão atendendo aos apelos sociais e recrudescendo a lei para tolher a liberdade da criança e o adolescente infrator, sendo crescente o número destes em cumprimento de medida socioeducativa com a privação. Porém, criminalizar a miséria e negar o que prescreve os Direitos Humanos para crianças e adolescentes infratores é a solução mais adequada ao problema?

A despeito da polêmica, a sociedade tem de se responsabilizar pela proteção integral da criança e do adolescente, exigindo o devido respeito e efetividade dos direitos fundamentais previstos pela lei e, também, através de ações concretas que apresentem medidas socioeducativas de (re)socialização, sem que se perca de vista o caráter punitivo como responsabilidade pela infração.

Apesar dos avanços legislativos conquistados com a promulgação da Lei nº. 12.594, de 18 de janeiro de 2012, que regulamentou a execução das medidas socioeducativas destinadas à criança e ao adolescente que pratique ato infracional, muito ainda precisa ser feito pela garantia de seus direitos no que tange à inclusão social, enfrentamento da pobreza, educação contextualiza, profissionalização e alternativas de trabalho decente. Em caso de infração cometida por adolescente, ainda que grave, deve haver diferentes alternativas de medida socioeducativa condizentes para reparar o mal que a própria dinâmica social do capitalismo fez ao

introjetar os valores do consumo sem fornecer as ferramentas necessárias para que as famílias tenham uma vida digna.

Concluímos esse artigo afirmando que os interesses no processo de socialização, (re)socialização e reinserção de adolescentes infratores na sociedade precisam considerar, fundamentalmente, as contradições produzidas pelo sistema capitalista, os problemas historicamente constituídos que geraram e aprofundaram o fosso das desigualdades sociais, como, também, a considerar a crise sistemática da cultura que o Brasil vem enfrentando e que está afetando a juventude. A cultura da ostentação exibida pelos jovens nos meios de comunicação de massa é sintomática, justamente por estar destituída de valores morais.

Teoricamente, a educação crítica inserida às perspectivas de medidas socioeducativas auxiliaria no processo de emancipação ao descortinar o problema da introjeção dos valores sociais e morais implicados na luta pela existência digna como condição de politicidade e cidadania. Numa sociedade unidimensional, cuja ideologia gira em torno da cultura do consumo, o direito de oposição política se perdeu em meio a alienação. Dessa forma, a luta por justiça social parece se manifesta apenas na defesa da propriedade privada e não mais na organização dos indivíduos em torno de questões que exijam a prevalência de seus direitos comuns para a manutenção do próprio bem comum, sobretudo do bem comum mais valioso ao ser humano: a sua liberdade.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. Adeus ao trabalho?Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. São Paulo: Editora da UNICAMP, 2003.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória na criminalização de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena**. 2006. 108 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5179/1/2006_FabianaCostaOliveiraBarreto.pdf Acesso em 04.06.2013.

BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013.

__________________. Globalização: as conseqüências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

__________________. Vidas desperdiçadas. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Yussef Said Cahali. 14ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n°. 8.069, de 13 de julho de 1990. 8ª Ed. Senado Federal. Secretaria de Editoração e Publicações. Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília/DF: Biênio 2009-2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos – todas as UF's. Referência junho/2012 http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&Team=¶ms=itemID={C37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}

Acesso em 04.06.2013.

CARTA DE CONSTITUIÇÃO DE ESTRATÉGIAS EM DEFESA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Publicado no DJ-e n°. 189, p. 3, de 15/10/2012.

http://www.cnj.jus.br/images/acordos_termos/Carta_001_2012.pdf Acesso em 24.06.2013.

CARVALHO, Salo de. O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

COSTA, Cândida da. Manual do curso Sinase: módulo III – instrumentos legais e normativos do SINASE. Centro de Estudos Avançados de Governo e Administração Pública. Brasília: UNB, 2009.

DUPAS, Gilberto. Ética e poder na sociedade da informação: de como a autonomia das novas tecnologias abriga a rever o mito do progresso. 3ª. ed., São Paulo: Editora da UNESP, 2011.

FREUD, Sigmund. O futuro de uma ilusão; O mal-estar na civilização (1927-1931). Rio de Janeiro: Imago, 1996.

FROMM, Erich. Ter ou ser? Trad. Nathanael C. Caixeiro. 4ª. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2011.

G1: GLOBO. RBS TV, Santa Catarina, 2013. Disponível em: http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2013/05/video-mostra-ratos-e-condicoes-insalubres-em-presidio-de-blumenau.html Acesso em 10.05.2013.

MARCUSE, Herbert. Ideologia da sociedade industrial. Trad. Giasone Rebuá. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

NETTO, José Paulo. **Crise do capital e consequências societárias.** In.: Revista Serviço Social & Sociedade. São Paulo: Ed. Cortez, set. 2012, p. 413-429.

OIT/PREJAL. In.: CONSTANZI, R. N. Relatório: trabalho decente e juventude no Brasil. Organização Internacional do Trabalho (OIT/Prejal). Brasília; Lima: Impresso no Perú, 2009.

OLIVEIRA, Maria Cláudia S. L.; SILVA, Samuel C. Manual do curso Sinase. Módulo I - infância, adolescência, família e sociedade. Centro de Estudos Avançados de Governo e Administração Pública. Brasília: UNB, 2009.

SALLES, João M.; LUND, Kátia. Documentário: Notícias de uma guerra particular. Rio de Janeiro, 1999. Disponível em: http://www.youtube.com/watch?v=EAMIhC0klRo Acesso em 03.06.2013.

SARAIVA. João B. C. Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2013.

SOUZA, Tatiana Y.; SILVA, Samuel C. Manual do curso Sinase. Módulo VI - socioeducação: práticas e metodologias de atendimento em meio fechado. Centro de Estudos Avançados de Governo e Administração Pública. Brasília: UNB, 2009.

VASCONCELOS, Fernanda B. A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.